



EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES. ¿DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO Y PODER DE VETO?

FERNANDO ALBERTO REY CRUZ

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2013

EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES. ¿DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO Y PODER DE VETO?

FERNANDO ALBERTO REY CRUZ

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magíster en Derecho -Profundización en Derecho Constitucional-

Director:
Camilo Alberto Borrero García

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2013

Como un campo, aunque sea fértil, no puede dar frutos si no se cultiva, así le sucede a nuestro espíritu sin el estudio. Instruirse; instruirse siempre. Este es el verdadero alimento del alma. Si quieres aprender, enseña.

CICERÓN

Resumen

La mención de disposiciones constitucionales relativas a las minorías culturales y la existencia de pueblos indígenas, afrocolombianos (incluidos palenqueros y raizales) y gitanos que representan el 14% de la población en Colombia, permite catalogar nuestro Estado como multicultural desde una perspectiva formal. El gran desafío es su materialización y para ello el Estado debe volcar todos los esfuerzos para conciliar de la manera que mejor favorezca el principio de autonomía o autogobierno, en tanto oportunidad histórica para reivindicar los derechos de un importante sector de la población que históricamente ha sido objeto de oprobios y marginación. En un Estado constitucional de derecho el papel del juez es protagónico. De allí que haya sido la Corte Constitucional la abanderada en la protección de los derechos de las minorías culturales, jurisprudencia que ha acogido adecuadamente los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. En relación con los derechos de los pueblos étnicos, la tendencia debe ser a que el consentimiento previo, libre e informado sea entendido como un derecho fundamental autónomo.

Palabras clave: pueblos indígenas; afrocolombianos; palenqueros; raizales; gitanos; Estado multicultural; autonomía o autogobierno; consentimiento previo, libre e informado.

Abstract

The reference of constitutional ruling in benefit of cultural minorities and the real life about Natives, Afro-Americans (including palenqueros and raizales) and Romanies who represent a fourteen (14%) percent of the colombian's population, let us consider Colombia like a multicultural State from a formal view. The biggest challenge is objectifying that one. Thous, the State must improve all efforts become strengthen the self – government building up the human rights in benefit of historic rule out cultural minorities, it's one of a chance.

The Constitutional of Law State allows the judge's role outstanding. Sort of, the Constitutional Court has been the main gathering protecting rights by cultural minorities; in fact, the case – law be considered the framework of wrapping up standards of international human rights law. The contemporary trends are getting achieve legal standards in different subjects proving human rights from ethnics minorities where the Law's defiance'll lie in getting constitutional acknowledgement for the prior, free and clued up consent like a fundamental right.

KEYWORDS: Natives; Afro-Americans; palenqueros; raizales; Romanies; multicultural state; self-government; prior, free and clued up consent.

Abreviaturas

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CFDR: Convención sobre todas las Formas de Discriminación Racial

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

EISA: Estudios de Impacto Social y Ambiental

INCORA: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización de Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Contenido

RESUMEN	VII
ABREVIATURAS	XI
1. INTRODUCCIÓN	1
2. METODOLOGÍA	4
CAPÍTULO 1	7
MULTICULTURALISMO, DEMOCRACIA Y TENSIONES EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	
INTRODUCCIÓN	7
I. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991 Y SU CARÁCTER MULTICULTURAL	7
II. EL MODELO DE DEMOCRACIA INTERCULTURAL QUE EMERGE DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991	10
III. LAS TENSIONES QUE PLANTEA LA CONSTITUCIÓN DE 1991, EN EL CONTEXTO DEL MULTICULTURALISMO	12
1. Tensión entre derechos individuales y diversidad cultural.....	14
2. Tensión entre unidad política y autogobierno o autonomía de los grupos étnicos	15
CAPÍTULO 2	17
EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS MINORÍAS CULTURALES. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	
INTRODUCCIÓN	17
I. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	17
1. Marco normativo habilitante para el desarrollo jurisprudencial.....	17
2. Decisiones de la Corte Constitucional colombiana	23
A. Primera etapa de la jurisprudencia (1992-1997)	24

B. Segunda etapa de la jurisprudencia (1998-2007).....	27
C. Tercera etapa de la jurisprudencia (2008-2012).....	31
3. Fundamentos teóricos de la consulta desde la doctrina.....	42
4. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con el derecho a la consulta previa.....	43
5. Análisis valorativo y crítico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.....	47

CAPÍTULO 3 51

LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

INTRODUCCIÓN.....	51
I. LA CORTE IDH, SU IMPORTANCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU INTERRELACIÓN CON EL DERECHO INTERNO COLOMBIANO.....	51
II. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y ALCANCE FIJADO POR LA CORTE IDH	53
III. EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO. ¿DERECHO FUNDAMENTAL Y PODER DE VETO?.....	63
Conclusiones	71
Bibliografía.....	73

1. Introducción

De los diversos ámbitos de protección que el Estado debe garantizar a las minorías culturales, uno sino el más importante, hace relación con las actividades de extracción de recursos naturales dentro de sus territorios y el necesario goce de participación real y efectivo en la adopción de decisiones que los afecte de manera directa. En el reciente *informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*¹, el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas destacó que el derecho de los pueblos indígenas a participar es inseparable de otros derechos como la libre determinación y sus derechos sobre las tierras, territorios y recursos. Así mismo, consideró que la idea moderna de autodeterminación debe incluir el derecho a la soberanía permanente de los recursos naturales, en la medida en que “una preocupación fundamental de los pueblos indígenas en relación con el desarrollo de la industria extractiva, además de la desposesión de sus tierras, territorios y recursos, han sido el desarrollo insostenible y la degradación del medio ambiente”.

Por tanto, el derecho a la consulta previa, libre e informada día por día es de la mayor importancia no solo desde el punto de vista social, en tanto ha sido la vía para visibilizar y superar la marginación a la que han estado expuestos los pueblos étnicos, sino también desde el punto de vista político se ha convertido en un asunto de toda la importancia en el desarrollo del Estado y en el que es inamovible una premisa: garantizar el goce efectivo de los derechos humanos de los grupos étnicos. En esa tarea ha sido determinante el papel que ha ocupado la Corte Constitucional (la Corte o el Tribunal Constitucional). Ha sido entonces por esa vía judicial que se han ido precisando los contenidos de la cláusula constitucional que garantiza la diversidad étnica y cultural y el derecho a la autonomía o autogobierno. Claramente esa seguirá siendo la tendencia mientras no exista voluntad política.

Lo que puede advertirse en el caso colombiano es que la legislación en materia de consulta previa, libre e informada es incipiente así como en muchos otros países del hemisferio², y que la tendencia equivocada es a ver esta garantía como el palo en la rueda

¹ A/HRC/21/55 del 16 de agosto de 2012.

² En Latinoamérica el único país en el que se ha regulado normativamente el derecho a la consulta previa es en el Perú, aun cuando plantea muchas dificultades la aplicación del marco normativo. En países como México, Guatemala, Ecuador y Bolivia, en los que el porcentaje de la población de las minorías culturales es

que obstruye el desarrollo del país. Y claro, la pregunta que el sentido común plantea es ¿cuál es el modelo de desarrollo que se propone como política pública? La respuesta no es clara. En realidad lo que se percibe es el anhelo por satisfacer únicamente los intereses capitalistas, dejando de lado que somos un Estado multicultural y que se requiere un enfoque diferencial. Hablando hace unos días con un grupo de líderes indígenas arhuacos, manifestaban que no son enemigos del desarrollo del país. Lo que ponían en evidencia era justamente esa renuncia estatal a que sea un desarrollo sostenible y libre de degradación ambiental, lo que se traduce para ellos, por ejemplo, en que no se destruyan sus sitios sagrados y que esas políticas tengan como objetivo el equilibrio y la armonía, lo cual solamente se logra siempre y cuando se comprenda que para los pueblos nativos la relación con la tierra y el territorio es cosmogónica. Tal como lo ha considerado el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, “por lo que atañe a la extracción de los recursos naturales es necesario examinar modelos y prácticas comerciales nuevos y diferentes que propicien en mayor medida la libre determinación de los pueblos indígenas y su derecho a materializar sus propias prioridades de desarrollo. Estos modelos deben incluir acuerdos genuinos de asociación entre los pueblos indígenas y las empresas, en que la parte indígena tenga una participación significativa o incluso el control de la propiedad y la gestión de la avocación, o permitir que los pueblos indígenas desarrollen sus propias empresas comerciales extractivas.”³

En el concierto internacional la preocupación porque esa participación de la que se ha hablado, no continúe siendo al decir de Bentham un *quejido impreso*, ha puesto en evidencia la necesidad de fortalecer los contenidos tanto del Convenio Nro. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, aprobado en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007, por la Asamblea General de Naciones Unidas (Declaración de Naciones Unidas), sin que ello implique el establecimiento de nuevas obligaciones de derecho internacional ni que se reduzcan las que ya han asumido los Estados. Para el efecto, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por unanimidad, aprobó los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos* que “se convirtieron así en la norma mundial de fuerza legal para afrontar los problemas de derechos humanos creados por las actividades de las empresas.”⁴ Dicho cuerpo normativo que en futuro servirá de apoyo a las decisiones de la Corte Constitucional, pero especialmente a las políticas gubernamentales en las que estén involucrados las comunidades étnicas, se apoya en tres principios fundamentales: (i) el deber de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; (ii) la responsabilidad de las empresas de cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y (iii) el

representativo respecto de la población total, se presenta anomia. Una mirada más detallada sobre estos países, puede verse en F. A. REY CRUZ, *El derecho a la consulta previa en perspectiva neoconstitucional. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Trabajo de grado para optar por el título de magíster en derechos humanos de la Universidad de Alcalá (Madrid, España).

³ A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012, párr. 75.

⁴ A/HRC/21/55 del 16 de agosto de 2012, párr. 22.

acceso a mecanismos de reparación, en caso de incumplimiento de los derechos y obligaciones.

En orden a lo anterior, el presente trabajo estructurado en tres capítulos, tiene el siguiente contenido. El primer capítulo hace referencia al carácter multicultural de la Constitución Política de 1991, desde el punto de vista formal y teniendo como base la diversidad de culturas existentes en el país. Del mismo modo, plantea la disyuntiva Estado multicultural formal y material, última faceta en la que a pesar de que se han alcanzado importantes logros, todavía son muchos los desafíos. De igual manera, alude al modelo de democracia intercultural que emerge de la Carta Política, la cual claramente se adscribe al modelo participativo. Finalmente, se ponen en perspectiva las tensiones existentes en el mismo cuerpo normativo como consecuencia de su carácter ecléctico, mencionando de manera muy general las tendencias de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para resolverlas.

El segundo capítulo se ocupa del derecho a la consulta previa, libre e informada en el contexto colombiano, pero específicamente desde los pronunciamientos de la Corte, que ha sido sin duda el único órgano que se ha tomado en serio los derechos de las minorías culturales, sin dejar de hacer mención al escaso marco normativo existente. Además de aludir al marco normativo habilitante y a la importancia que ha ido adquiriendo la Declaración de Naciones Unidas, allí se muestran tres momentos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La primera etapa que comprende los años 1992-1998 que se ha denominado de incorporación o ingreso de la figura; la segunda se circunscribe a los años 1999-2008 que puede identificarse como de posicionamiento; la tercera que se ubica en los años 2008 a 2012, llamada de consolidación. Enseguida se hace referencia a la línea jurisprudencial en relación con el derecho a la consulta previa, libre e informada, y finalmente, presenta una crítica a algunas cuestiones de la jurisprudencia que son problemáticas y que seguramente en el futuro requieren algún tipo de precisión.

El tercer capítulo entendiendo la necesaria interrelación que debe existir entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, recoge las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o la Corte Interamericana), y señala las reglas que trascienden del caso concreto y que se constituyen en estándares internacionales frente a la consulta previa, libre e informada, a la propiedad colectiva de la tierra, el consentimiento previo, libre e informado y a la identidad cultural. Para concluir, hace referencia al consentimiento previo, libre e informado como derecho fundamental autónomo en determinados supuestos y la imposibilidad de entenderlo como un poder de veto.

2. Metodología

La intención del presente trabajo de investigación, es demostrar que la Constitución Política de 1991 se ha convertido en un paradigma en la vida republicana del país. Pero adicionalmente, que la labor del juez ha teniendo un cambio sustancial comparativamente hablando con la idea propia de la administración de justicia para el momento en el que surgió el Estado de derecho. Ahora las tendencias contemporáneas adscriben las constituciones como la colombiana al canon neoconstitucional, es decir, visto desde la teoría del derecho como un cuerpo normativo en el que (i) predominan los principios y no las reglas; (ii) la Constitución es una verdadera norma jurídica, lo cual implica que tiene un efecto de irradiación o de impregnación en el ordenamiento jurídico; (iii) el modo de argumentación que permite conciliar las tensiones constitucionales es la ponderación, pasando a un segundo plano la subsunción; (iv) el juez es un actor protagónico al momento de decir el derecho en ejercicio de la *iuris dictio*, en tanto debe darle contenido a disposiciones que se caracterizan por su vaguedad; y (v) las disposiciones normativas tienen un denso contenido normativo (valores, principios y derechos fundamentales), que en apariencia se muestran contradictorias.

En orden a lo anterior, el presente trabajo ha acudido a doctrina, derecho positivo y jurisprudencia nacional e internacional, como fuentes o materiales de análisis, los cuales son presentados en un primer momento de modo descriptivo, para posteriormente acudir a una metodología propositiva y/o crítico-valorativa. Así, el capítulo primero hace referencia a las disposiciones constitucionales que se refieren a las minorías culturales, para concluir que la Constitución Política de 1991 debe tener el calificativo de multicultural. Así mismo, se apoya en el censo de población realizado en 2005, en el que se incluyen los pueblos indígenas, los afrocolombianos y los gitanos. De igual modo, partiendo del modelo de democracia participativa como premisa, concluye que en el contexto de la diversidad cultural colombiana debe considerarse que existe una democracia intercultural que es la que ha permitido la inclusión de los grupos étnicos. Por último, teniendo en consideración algunos casos decididos por la Corte, muestra que las constituciones multiculturales son proclives a la tensión entre unidad y diversidad cultural. El segundo capítulo, se apoya descriptivamente en el marco normativo que le ha permitido a la Corte precisar el alcance del derecho a la consulta previa, libre e informada, aun cuando se plantea un escenario

propositivo respecto a la fuerza normativa o el carácter vinculante de la Declaración de Naciones Unidas. Enseguida se hace una presentación de la jurisprudencia constitucional, para finalizar con una valoración crítico-valorativa. El tercer capítulo, destaca la importancia de los estándares internacionales que ha precisado la Corte IDH, en torno a la consulta previa, libre e informada y de manera propositiva plantea que más allá del caso concreto, deben ser acogidos por el Estado colombiano en virtud del principio *pacta sunt servanda*, en la medida es que se obligó internacional al momento de acoger los compromisos internacionales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Por último, en la misma línea propositiva realiza algunas consideraciones alrededor del carácter fundamental del derecho al consentimiento previo, libre e informado.

Capítulo 1

MULTICULTURALISMO, DEMOCRACIA Y TENSIONES EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

INTRODUCCIÓN

Este capítulo mostrará el carácter multicultural del Estado colombiano, manifestado desde el punto de vista constitucional y en la existencia de pueblos indígenas, negros o afrodescendientes (incluidos raizales y palenqueros) y gitanos -ROM-. Así mismo, aludirá al concepto de democracia que emerge de la Constitución de 1991 en el contexto multicultural, circunscrito claro está al modelo participativo, y finalmente, se referirá a la tensión entre unidad cultural y diversidad cultural que igualmente plantea nuestro texto constitucional.

I. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991 Y SU CARÁCTER MULTICULTURAL

PETER HÄBERLE señala que a los elementos tradicionales del Estado (pueblo, territorio y poder), debe agregarse la cultura la cual hace alusión a la necesaria inclusión que debe garantizarse en los diferentes ordenamientos constitucionales, lo cual debe tener reflejo en el imaginario colectivo⁵. Este parámetro cobra especial importancia en Colombia, pues una característica notable en la nueva Constitución, entendida como proyecto democrático, fue justamente la superación de aquel modelo excluyente que caracterizó a las constituciones del siglo XIX y la incorporación de diferentes cláusulas constitucionales que poco a poco han permitido la inclusión de sectores tradicionales olvidados o marginados por el Estado.

De ahí que la Corte Constitucional haya considerado que el amplio conjunto de normas constitucionales que aluden a la diversidad cultural, se constituyen en el eje de lo que ha

⁵ *El Estado constitucional*, Universidad Autónoma de México y Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2003, p. 21.

denominado la *Constitución Cultural*⁶. Así mismo, el último censo de población efectuado en el año 2005, muestra a las claras que en Colombia existe una importante diversidad cultural que hace parte de la identidad nacional. En efecto, “[E]n Colombia se diferencian de la sociedad mayoritaria cuatro grupos étnicos reconocidos: la población indígena, la población raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la población negra o afrocolombiana -de la que hace parte los palenqueros de San Basilio del municipio de Mahates en el departamento de Bolívar- y la población Rom o gitana.”⁷ El criterio de identificación tenido en cuenta para efectuar el censo, fue el autoreconocimiento cultural (costumbres y tradiciones) o rasgos físicos, lo cual arrojó como resultado que la población indígena (87 pueblos) asciende a 1’392.623 habitantes (3,40% de la población total); las comunidades negras o afrodescendientes, incluidos raizales y palenqueros de San Basilio son 4’311.757 (10,60% de la población total)⁸, y los gitanos ROM censados fueron 4.858 (0,01% de la población total).

Ahora bien, lo señalado en precedencia no es suficiente para concluir que el Estado colombiano es multicultural. Allí no aplica una lógica deductiva. Es decir, la sola mención normativa y el reconocimiento estatal de que existen otros pueblos diferentes, no es suficiente para el efecto. Son muchos años de exclusión que requieren el diseño e implementación de una política pública sensata que esté encaminada a la efectividad de sus derechos humanos.

Entonces, desde el acogimiento del Estado social de derecho como fórmula política, uno de los pilares que soportan la Constitución colombiana de 1991, es el pluralismo (art. 1°), es decir, la idea de que no solamente se deben proteger los derechos de la sociedad dominante, sino también los de aquellos grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta, lo cual conduce a que el Estado tenga como fin esencial, facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación (art. 2°), y es justamente desde allí, que sobre el Estado colombiano recae el deber de garantizar y proteger la diversidad étnica y cultural (art. 7°), incluidas las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8°), la autodeterminación de los pueblos (art. 9°), y las lenguas y dialectos de los grupos étnicos (art. 10°)⁹. Así mismo, debe agregarse la cláusula de no discriminación (art. 13).

⁶ Sentencias T-129 de 2011 y T-742 de 2006.

⁷ *La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*. En: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf (última visita el 28 de septiembre de 2012).

⁸ La población raizal censada fue de 30.565 habitantes (0,08% de la población total), mientras que los palenqueros de San Basilio ascendieron a 7.470 personas (0,02% de la población total).

⁹ En sentencia C-208 de 2007, la Corte Constitucional de Colombia expresó que a partir de la Constitución Política de 1991 “se produjo un cambio sustancial en la política indigenista gubernamental, esto es, en el modelo de relación del Estado con los pueblos y comunidades nativas, pasándose de un sistema basado en la asimilación e integración de tales comunidades a la cultura mayoritaria de la sociedad nacional, a un sistema pluralista y participativo, que acepta y respeta la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de la cultura occidental, y que propugna por el reconocimiento de los valores étnicos y por el derecho de las minorías tradicionales a sobrevivir y desarrollarse con sujeción a tales valores. La pluralidad de etnias asentadas en el territorio nacional y la necesidad de salvaguardar el valor intrínseco de las culturas nativas, como parte de la tradición e identidad nacional, fueron las razones que impulsaron dicho cambio, y por tanto, lo que justificó que se incorporaran en la nueva carta mandatos dirigidos no sólo a garantizar la defensa de las comunidades tradicionales, sino también a promover el respeto y prevalencia de sus valores culturales, ancestrales, lingüísticos, artísticos, religiosos, sociales y políticos.”

Estos principios constitucionales, son el preámbulo del multiculturalismo que debe caracterizar al constitucionalismo colombiano, el cual tiene distintas manifestaciones desde la Constitución Política¹⁰. Tal es el caso de la cultura como un derecho fundamental de los niños (art. 44), así como el derecho a la propiedad respecto del cual el Estado debe proteger y promover cualquier forma asociativa y solidaria, de tal manera que las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras de los resguardos y el patrimonio arqueológico de la Nación, tienen como principales características la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (arts. 63 y 72). De la misma forma, proclama que la educación es un derecho que busca afianzar los valores culturales de la Nación, y se garantiza a los integrantes de los grupos étnicos el derecho a tener una educación que respete y desarrolle su identidad cultural (arts. 67 y 68), y la cultura en sus diversas manifestaciones, se constituye en el fundamento de la nacionalidad, de tal suerte que los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, podrán ser nacionales por adopción, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos, recayendo sobre el Estado colombiano el deber de reconocer la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, además de la creación de incentivos para fomentar las manifestaciones culturales (arts. 70 y 71). De mismo modo, como un deber que recae sobre todos los colombianos, está el de proteger los recursos culturales (art. 95).

En términos de ingeniería institucional, prevé que en el Senado de la República habrá dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 171), y para la Cámara de Representantes entrega al legislador la posibilidad de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos (art. 176), la cual fue determinada en la ley 649 de 2001, al entregar dos escaños a las comunidades negras y uno a las comunidades indígenas, representación que comparativamente con la población arrojada por el último censo, es claramente escasa. En cuanto a la función judicial, se crea la jurisdicción especial indígena, que podrá ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República, además que establece un mandato expreso para el legislador, a fin de que establezca formas de coordinación de la jurisdicción de los pueblos indígenas con el sistema judicial nacional (art. 246).

En el ámbito territorial, precisa que los territorios indígenas son entidades territoriales, las cuales gozan de autonomía administrativa para la gestión de sus intereses, siempre dentro de los límites de la Constitución y la ley, para lo cual tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los

¹⁰ El lugar protagónico que ocupa la cultura en el Estado constitucional, es caracterizada por P. HABERLE, en los siguientes términos: “debe concebirse a la Constitución como un estadio cultural. Toda Constitución de un Estado constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural. La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el ‘patrimonio cultural’ y los artículos generales sobre el Estado de cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural general de la Constitución. Cuando en su etapa evolutiva actual el Estado constitucional da efectividad, refina y desarrolla en forma especial su protección de los bienes culturales, lo hace, en suma, al servicio de su identidad cultural. Al mismo tiempo la concepción culturalista (*kulturwissenschaftlich*) de las Constituciones gana en capacidad de convicción: la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, lo que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un ‘mecanismo normativo’, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.” *El Estado constitucional..., op. cit.*, p. 5.

tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales (arts. 286 y 287). Su conformación se efectuará con sujeción a la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (art. 329). Podrán alcanzar el carácter de entidades territoriales las provincias, las cuales se pueden constituir con municipios o territorios indígenas circunvecinos (art. 321). Así mismo, señala que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable, y que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades (art. 330)¹¹. También en el marco de la distribución de recursos, se crea el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios, siendo uno de los beneficiarios las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas, lo cual no obsta para que los recursos se canalicen por intermedio de los resguardos indígenas (art. 356).

El anterior panorama constitucional no deja duda que desde el punto de vista formal la Constitución colombiana de 1991 es multicultural¹². Empero, es necesario dar un salto cualitativo a fin de que esa aspiración del constituyente se haga realidad y se inicie un verdadero proceso de construcción de la identidad cultural.

II. EL MODELO DE DEMOCRACIA INTERCULTURAL QUE EMERGE DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Constitución colombiana de 1991, implicó un salto cualitativo en la vida republicana del país. La base dialógica de la que se nutrió, fue determinante en la consolidación de un ordenamiento incluyente, progresista y comprometido con la garantía de los derechos humanos. Es por ello que puede ser catalogada como la *Constitución del Pueblo*. Así las cosas, los principales rasgos que la caracterizan son: (i) el acogimiento de la fórmula político-jurídica del Estado social de derecho, que en términos generales, reconduce el Estado clásico de derecho, en el sentido de que exista una permanente interacción entre el Estado y la sociedad; (ii) un amplio y generoso

¹¹ Las funciones señaladas constitucionalmente son las siguientes: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar políticas y los planes y programas para el desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren. 9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

¹² R. STAVENHAGEN, se refiere al multiculturalismo en el contexto global en los siguientes términos: “La diversidad étnica y cultural es una característica de los pueblos del mundo, enraizada en antiguos procesos históricos, y sujeta a constantes modificaciones que se aceleran como resultado de la globalización. La diversidad cultural es un derecho humano que precisa ser cuidado por adecuadas políticas culturales. Vivir libremente la cultura y la identidad propias es uno de los derechos humanos más preciados (e infelizmente más violados a lo largo de la historia). Los derechos culturales son individuales y colectivos a la vez. Si se niega a un pueblo como tal el derecho a su cultura colectivamente, se están negando derechos humanos individuales a sus miembros.” *Los pueblos originarios: el debate necesario* (compilado por Norma Fernández), CTA ediciones: CLASCSO: Instituto de Estudios y Formación del CTA, Buenos Aires, 2010, p. 84.

catálogo de valores, principios y derechos fundamentales; (iii) la existencia de importantes mecanismos de defensa judicial, para que esas garantías *iusfundamentales* se garanticen en términos de efectividad; (iv) el valor normativo de la Constitución, lo cual implica que su aplicabilidad debe darse no solo por todas las autoridades del Estado, y con ello la puerta de entrada a la constitucionalización de todas la especialidades del derecho; (v) el papel protagónico que adquiere el juez, en tanto garante de los derechos fundamentales y la superación del modelo formal de jurisdicción para avanzar a uno material; (vi) un rediseño de los órganos de control con la esperanza de que se articule adecuadamente con el modelo de *checks and balances*, propio de los modelos democráticos; (vii) el férreo fortalecimiento del control de constitucionalidad, teniendo como principal novedad la creación de la Corte Constitucional, institución que con el correr de los años ha mostrado su cariz de verdadero contrapeso; (viii) el establecimiento de un modelo político-administrativo descentralizado, que busca superar el decimonónico centralismo o concentración de poder, el cual aún plantea muchos desafíos. En este contexto, se enmarcan las entidades territoriales indígenas como promesa incumplida, en tanto presentan una permanente tensión con el modelo unitario predominante en la Constitución; (ix) el acogimiento de una variada gama de mecanismos de reforma constitucional, donde se incluye el acto legislativo (procedimiento ordinario), y el referendo y la asamblea constituyente (procedimiento agravado); y (x) la incorporación a la normatividad interna de normas de derecho internacional relativas a derechos humanos (reenvíos), a partir de la cual se ha construido la noción jurisprudencial de bloque de constitucionalidad.

Un aspecto que debe mencionarse por separado, es el relativo al modelo *democrático y participativo* establecido como aspiración constitucional, que es la contracara del *representativo* propio de las constituciones anteriores, y que es heredero del constitucionalismo liberal. Aunque se trata de una particularidad que por sí misma es fundamental para que exista una democracia sustancial, vista en perspectiva multicultural su trascendencia es inconmensurable. En efecto, aun cuando la Constitución propone un importante abanico de mecanismos de participación ciudadana, en la práctica no han alcanzado la efectividad deseada. Esta arista debe ser mirada igualmente en perspectiva, en el contexto de la Constitución multicultural. Es decir, la pregunta que cabría es si además de esa democracia participativa formal, puede plantearse una suerte de modelo diferente, cuando de pueblos étnicos se trata.

Esta reflexión surge por una razón concreta. La democracia participativa en sentido llano, supone que una vez son elegidos los representantes del pueblo, gozan de tanta autonomía que sería impensable condicionar de algún modo sus decisiones como manifestación del principio democrático. Por el contrario, cuando se presenta un escenario en el que debe ser garantizada, por ejemplo, la consulta previa, libre e informada a las minorías culturales antes de que sea implementada una medida legislativa que los pueda afectar directamente, ¿qué ocurre con el rol que desempeña el legislador?; ¿Está sujeto al cumplimiento de un presupuesto de validez, entiéndase que se lleve a cabo el proceso de consulta antes de que sea aprobada la respectiva legislación? ¿Podría el legislador apartarse de ese acuerdo alcanzado entre el Estado y las comunidades o sencillamente morigerarlo? En realidad no es fácil obtener una respuesta porque claramente allí se pueden plantear dos extremos en tensión. Por un lado, un legislador omnicompreensivo que puede anular una decisión popular (Estado-grupos étnicos) o la acoge parcialmente, o por el otro, un órgano de representación del pueblo que sencillamente refrenda los acuerdos llevados a cabo, olvidando que su esencia es la ser un órgano deliberativo y que es allí donde se encuentra la base del principio democrático.

La conjunción que resulta de la democracia participativa y el multiculturalismo, claramente lleva a suponer que el modelo de democracia que subyace a la Constitución colombiana, en el contexto de la especial protección que el Estado debe garantizar a los grupos étnicos, debe ser denominado *intercultural*, el cual se soporta en (i) el principio de no discriminación; (ii) la autodeterminación o la garantía de supervivencia de los pueblos; y (iii) la participación que tiene como expresión la consulta previa libre e informada y el consentimiento previo, libre e informado.

III. LAS TENSIONES QUE PLANTEA LA CONSTITUCIÓN DE 1991, EN EL CONTEXTO DEL MULTICULTURALISMO

Es apenas natural que las constituciones multiculturales planteen tensiones que en ningún caso son irresolubles. Ello se presenta, por lo menos en el contexto colombiano, por la existencia de culturas iliberales. Desde la perspectiva del control de constitucionalidad, esas colisiones se hacen evidentes en el plano concreto y es el escenario adecuado para fijar los parámetros generales que permiten su resolución caso por caso, aun cuando ello no debe descartar que en abstracto puedan igualmente hacerse manifiestas. El proceso constituyente que dio como resultado la Constitución Política de 1991 se caracterizó por la diversidad ideológica que permitió el reconocimiento normativo de los derechos de las minorías culturales, los cuales tienen como andamiaje los principios del Estado social de derecho, la diversidad étnica y cultural y la autodeterminación de los pueblos.

Históricamente las constituciones colombianas han planteado sistemas políticos fuertemente centralizados, con excepción del período federal, teniendo como presupuesto equivocado que el prototipo de ciudadano era homogéneo. Ello condujo a que no se garantizara la igualdad por diferenciación y a que en el caso de las minorías culturales no se hubiera permitido la reivindicación de sus derechos. El proceso constituyente como se ha indicado, tuvo matices diferentes, lo cual puede advertirse de los proyectos presentados por los delegados de los pueblos indígenas los cuales estaban dirigidos al reconocimiento del carácter multicultural del país y a que se reconociera su autonomía política, cultural, espiritual, territorial y económica, como garantía de pervivencia.

Tal como lo muestra DANIEL BONILLA MALDONADO¹³, de esas iniciativas surge la tensión entre unidad cultural y diversidad cultural. Mientras que por un lado se edifica el sistema constitucional colombiano sobre los derechos individuales de corte liberal, por el otro, se establecen imperativos normativos como la participación de los grupos étnicos en las corporaciones de elección popular, autonomía territorial y política. Es decir, las minorías culturales son titulares de derechos como la igualdad, libertad y la participación política, pero deben ser entendidos en clave diferenciada. Solamente a manera de ejemplo, los grupos étnicos gozan del derecho al debido proceso pero no con el mismo entendimiento que tiene en el contexto occidental, sino como un debido proceso intercultural que plantea diferencias importantes entre una y otra comunidad.

¹³ *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes (Facultad de Derecho) y Pontificia Universidad Javeriana (Instituto Pensar), Bogotá, 2006, pp. 124 a 140.

El mismo autor pone de manifiesto que esa colisión (unidad cultural-diversidad cultural), que es muy general, está compuesta por dos conflictos de valores que permite identificar de manera más clara los intereses que pueden encontrarse en juego. Por una parte, la tensión entre el reconocimiento constitucional de los diversos principios morales y políticos de los grupos indígenas y la declaración liberal de derechos, y por la otra, la tensión entre el modelo centralista-unitario de Estado y la autonomía política y territorial de la que son titulares las minorías culturales. La primera se concreta puntualmente en las diferentes disposiciones constitucionales que aluden a los pueblos étnicos y a la cultura, las cuales colisionan con el catálogo de derechos constitucionales. La segunda se circunscribe a la forma de Estado unitario y al sistema de gobierno fuertemente presidencialista que aún perdura en Colombia, en contraste con el principio de autonomía en diferentes esferas que se garantiza a esos pueblos.

En ese orden de ideas, “[l]a tensión entre unidad y diversidad cultural dentro de la Constitución ejemplifica la lucha entre diferentes posiciones acerca de los principios e instituciones básicos que deben orientar y estructurar el Estado colombiano. Queremos un país que conceda autonomía política a sus minorías pero, a la vez, queremos un país en el que los ciudadanos sientan que hacen parte del mismo proyecto político. Queremos un Estado que respete los sistemas jurídicos de sus culturas minoritarias pero, a la vez, queremos garantizar la unidad jurídica del Estado. Queremos reconocer las diferentes tradiciones morales y políticas de las culturas que viven en Colombia y, a la vez, queremos proteger la igualdad y las libertades individuales de todos sus ciudadanos. La mejor interpretación de este conflicto de ideales se expresa en la idea de que queremos un país unido en su diversidad.”¹⁴

Lo anterior no hace posible concluir, en línea de principio, que las tensiones que plantea el marco constitucional colombiano sean problemáticas de cara a la protección de los derechos de las minorías culturales, ni que se trate de extremos incompatibles. Es necesario repensar esas estructuras propias del liberalismo, en la que se planteaba la idea de que el reconocimiento de los derechos no requería ningún tipo de diferenciación. De allí que la premisa a seguir, tal como lo ha refrendado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sea la maximización de la autonomía y la minimización de las restricciones, de tal manera que solamente sea posible admitir restricciones, siempre que se busque privilegiar un derecho o un principio constitucional que goce de una dimensión de peso mayor, o que sencillamente la restricción a la autonomía constituya la medida menos gravosa posible¹⁵. Pero ¿cómo determinar que debe darse preeminencia a un principio en un caso concreto? Allí resulta pertinente hacer una precisión a manera de reflexión desde la teoría del derecho, ¿debe incluirse en el terreno de la ponderación el principio de autonomía de los grupos étnicos? ¿No será mejor entenderlo como una regla y no como un mandato de optimización? El riesgo de que sea ponderable caso por caso, es que sufre un alto riesgo de relativizarse.

Ciertamente tener respuestas para tan complejas tensiones no es tarea fácil. Por el contrario, surgen más preguntas. Así pues, la existencia de derechos de corte liberal y cláusulas que propenden por la garantía del multiculturalismo, implicaría entonces ¿que los segundos tienen como principal límite los primeros? ¿Qué las minorías culturales deben atender primero las interpretaciones occidentales de esos derechos para poder conciliarlas dentro de sus cosmovisiones? ¿Pueden los grupos étnicos apartarse de esos derechos individuales amparados en

¹⁴ Ídem, p. 143.

¹⁵ Sentencias T-349 de 1996, SU-510 de 1998 y C-882 de 2011.

que ellos tienen su propia forma de ver e interpretar el mundo? ¿Cuál es el margen crítico que obliga a las minorías culturales a aplicar figuras extrañas a su cosmogonía? Por otra parte, en lo que se refiere al modelo unitario y a la autonomía que les otorga la Constitución Política a los pueblos nativos, ¿cómo conciliar el centralismo con la autonomía territorial especialmente la política y la judicial?¹⁶ ¿Cómo entender que los territorios indígenas como entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, siempre que tenga lugar en el marco de la Constitución y la ley? ¿Cuándo se sobrepone la Constitución y la ley en el contexto de la autonomía de los grupos culturales? ¿Cómo entender que el derecho propio no está contrariando la Constitución y la ley?

1. Tensión entre derechos individuales y diversidad cultural

Casos relativos a la evangelización de los grupos indígenas¹⁷, a la garantía del debido proceso¹⁸, a la vida¹⁹ y al trabajo²⁰, son algunos de los que ha tenido oportunidad de decidir la Corte Constitucional, en los que ha estado involucrada la colisión entre derechos liberales y diferencia cultural. Para DANIEL BONILLA MALDONADO, los casos por él identificados en los que se ha planteado este conflicto no permiten establecer una metodología única para conciliarlos. Empero, muestra tres tendencias que a su juicio son las que ha utilizado la Corte para decidirlos. La primera que denomina *liberalismo puro*, parte de la premisa que todos los pueblos étnicos deben atenerse al marco conceptual de carácter liberal, en tanto “la justicia exige el respeto de los derechos individuales y no puede haber ninguna excepción a esta regla. La dignidad igualitaria de todos los seres humanos no puede ser violada otorgándoles prioridad a los valores iliberales.”²¹ La segunda es llamada *interculturalismo radical* que propende por la maximización de la autonomía y la minimización de las restricciones, lo que muestra que el péndulo se mueve hacia el otro extremo. Finalmente alude al *liberalismo cultural* que tiene como punto de partida el privilegio de los derechos individuales, pero admite como excepción su restricción como ultima ratio para evitar la desaparición de una cultura liberal o iliberal²².

¹⁶ Desde el artículo 1° de la Constitución es palmaria la tensión al señalar que “*Colombia es un Estado Social de derecho* [denota inclusión] *organizado en forma de república unitaria* [denota centralismo jurídico y político], *descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales* [denota independencia], *democrática, participativa y pluralista* [denota visibilización para la adopción de las decisiones que afectan a las minorías culturales].

¹⁷ Sentencia SU-510 de 1998.

¹⁸ Sentencias T-048 de 2002 y T-552 de 2003.

¹⁹ Sentencia T-030 de 2000.

²⁰ Sentencia T-945 de 2007.

²¹ *La Constitución multicultural...*, op. cit. p. 157.

²² Idem, p. 158.

2. Tensión entre unidad política y autogobierno o autonomía de los grupos étnicos

La concreción de este conflicto tiene expresión en el carácter centralizado y jerárquico del Estado colombiano, por un lado, y la soberanía política, territorial y jurisdiccional que se otorga a las minorías culturales, por el otro. Sin duda uno de los elementos que está presente en este debate es el territorio, pues si bien la Constitución garantiza el derecho a la propiedad colectiva de la tierra y su carácter inenajenable a las comunidades indígenas, el diseño de políticas y planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio y el deber de participación para poder explotar recursos naturales en los territorios indígenas (arts. 329 y 330 de la Constitución), lo único cierto es que en el otro extremo el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (art. 332 de la Constitución). Esas particularidades resultan altamente representativas en un contexto como el colombiano en el que la locomotora minera e hidrocarburífera es una política estatal que se quiere anteponer a los intereses de los grupos étnicos.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede resaltarse varios casos en los que ha estado presente esta tensión. En primer lugar, como una expresión de la autonomía política fue decidido un caso en el que el alcalde de un municipio apoyó la conformación de juntas de acción comunal dentro un resguardo sin consultar previamente a las autoridades representativas de una comunidad. La Corte identificó que la colisión se presentaba entre el derecho de asociación y la autonomía de la que son titulares los pueblos étnicos, resolviéndola a favor de la segunda. En esa oportunidad, destacó la inconveniencia de permitir el acceso de formas de organización occidental que reñían con los usos, costumbres, tradiciones y valores, además que era inconveniente el paralelismo entre autoridades que se presentaba dentro del mismo pueblo²³. De otra parte, una discusión que es recurrente desde el punto de vista del autogobierno judicial, se refiere a la competencia para que la jurisdicción especial indígena asuma el conocimiento de conductas cometidas por integrantes de la respectiva comunidad que aún conservan su cosmovisión. Para el efecto, la Corte ante la ausencia de ley que coordine esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional, ha establecido que una comunidad con presencia de autoridades, usos, costumbres y procedimientos definidos puede administrar justicia, siempre y cuando se configuren los criterios personal (pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena), territorial (que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo), objetivo (naturaleza del bien jurídico tutelado de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria) e institucional (existencia de autoridades, usos y costumbres y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales y un concepto genérico de nocividad social)²⁴. Finalmente, como manifestación de la autonomía territorial pueden adscribirse aquellos casos en los que ha sido protegido el derecho a la consulta previa, libre e

²³ Sentencia T-601 de 2011.

²⁴ Sentencia T-617 de 2010. Un caso que plantea importantes complejidades, tiene que ver con el acceso carnal abusivo y actos sexuales en menor de 14 años, cometido por indígenas dentro de su comunidad que no han perdido su cosmovisión y allí el derecho propio no lo sanciona o sencillamente la sanción es menor a la del sistema jurídico nacional. La Corte en la sentencia mencionada es de la línea de maximizar la autonomía, inclusive en este tipo de situaciones, a lo que se opone el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, quien a manera de regla jurisprudencial señaló recientemente que “la jurisdicción penal ordinaria, de aquí en adelante, siempre tendrá la competencia privativa para investigar y judicializar los casos de delitos sexuales con menores de catorce (14) años.” Sentencia de tutela del 11 de diciembre de 2012 (rad. 110010102000 201201632 01 (4844-14).

informada, y de manera más reciente, la garantía del consentimiento en aquellos supuestos en los que la medida que afecte de manera directa a los pueblos étnicos, tenga la capacidad de poner en entredicho su existencia²⁵.

El mismo anotado autor muestra tres tendencias en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este tema. La primera que ha denominado *individualismo ciego* que se caracteriza por el desconocimiento de la autonomía territorial de los grupos aborígenes. La segunda que ha llamado *centralismo militante* que precisa el rechazo de la autonomía territorial de los pueblos nativos. La tercera que califica como *autonomía colectiva radical*, en la que se presenta una defensa paternalista de las comunidades indígenas, respecto de la cual “los indígenas son agentes pasivos y débiles que deberían ser protegidos por el gobierno de los peligros de la vida contemporánea.”²⁶

Dentro de esta tensión, un tema que es de especial dificultad para los pueblos indígenas es la determinación del modelo de entidad territorial que deben asumir los territorios indígenas como manifestación de autogobierno, en la medida en que lo que está realmente en juego es la definición de los linderos de la autonomía territorial que claramente puede contraponerse al modelo unitario previsto en la Constitución Política. Es decir, lo que puede avizorarse *prima facie* es que las estructuras institucionales en nuestro país favorecen al centralismo y ponen en un escenario difícil la garantía de la autonomía territorial indígena.

²⁵ Sentencias T-129 de 2011 y T-693 de 2011.

²⁶ *La Constitución multicultural...*, op. cit. p. 262.

Capítulo 2

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS MINORÍAS CULTURALES. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

INTRODUCCIÓN

Este capítulo mostrará el papel transformador que ha tenido la Corte Constitucional para superar paulatinamente la invisibilización de las comunidades étnicas a través de la garantía de derechos como la autodeterminación, la existencia, la propiedad colectiva y la identidad cultural. Ello ha tenido lugar, al precisar el contenido de la consulta previa, libre e informada, apoyándose fundamentalmente en el Convenio 169 de la OIT y más tímidamente en la Declaración de Naciones Unidas, aunque la última tendencia es a darle mayor importancia desde el punto de vista normativo a este documento. Es decir, hacer que trascienda del plano moral y político. De igual manera, aludirá a la línea jurisprudencial sobre la consulta previa y mostrará algunos tópicos que pueden ser problemáticos.

I. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

1. Marco normativo habilitante para el desarrollo jurisprudencial

Además de las disposiciones señaladas en el capítulo anterior, de manera particular los referentes normativos que han servido de bastión para que la Corte construya una prolífica jurisprudencia en torno a la consulta previa, libre e informada son los contenidos en el artículo 329 y el parágrafo del artículo 330 de la Constitución, previsiones que específicamente hacen

referencia a la conformación de entidades territoriales indígenas, con participación de las comunidades indígenas y a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, lo cual se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, decisiones en las que el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. Ese es el germen constitucional de la consulta previa.

Del mismo modo, sea del caso indicar que los diversos grupos étnicos existentes en Colombia²⁷, han sido destinatarios de algunas reglamentaciones por parte del legislador o del gobierno²⁸, aunque respecto de los contenidos y procedimientos que deben surtir para garantizar el derecho a la consulta previa, que claramente determinan la existencia, diversidad étnica y cultural se ha presentado una suerte de elusión normativa²⁹ que en buena medida ha venido supliéndose por las condiciones que ha precisado la jurisprudencia de la Corte, las cuales deben ser aplicadas por las autoridades del Estado cuando sea necesario escrutar medidas administrativas o legislativas que los pueda afectar de manera directa. No quiere decir lo anterior que la Corte esté supliendo el papel del legislador, sino que ante la ausencia de normatividad se ha convertido en un agente de cambio social en palabras de NÉSTOR PEDRO SAGÜES³⁰, apoyándose en buena

²⁷ W. KIMLYCKA en una férrea crítica a J. ANAYA, considera que los pueblos indígenas deben ser incluidos en la categoría de las minorías nacionales, también llamadas minorías territoriales o naciones sin Estado. A su juicio, atribuir a los pueblos indígenas el derecho a la autodeterminación y derechos especiales de reparación, no justifica en modo alguno la distinción que se hace entre indígenas y minorías nacionales, ni establecer convenios internacionales diferentes. Sobre ese particular indica: “[N]o se justificaría el establecimiento de ningún sistema permanente de derechos diferenciales entre los pueblos indígenas y las naciones sin Estado, ni siquiera en el caso de que los pueblos indígenas tengan ciertos derechos de reparación específicos. Sólo tendría sentido establecer una distinción permanente entre los pueblos indígenas y las naciones sin Estado si tuviesen diferentes derechos *inherentes* de autodeterminación. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003, p. 167 a 184. Traducción de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar.

²⁸ Decreto 3770 de 2008 “Por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afro-colombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones; Decreto 2957 de 2010 “Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico ROM o Gitano”; Ley 70 de 1993 “Por la cual se reconoce a las comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva” y Ley 99 de 1993 (art. 76).

²⁹ En Colombia, la legislación relativa al deber de consulta previa es precaria. Tan sólo se encuentran el Decreto 1397 de 1996 “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones”; Decreto 1320 de 1998 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”; Decreto 1220 de 2005 “Por el cual se dictan normas sobre licencias ambientales”; Directiva Presidencial 01 de 2010 “Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales”; Ley 1098 de 2006 (art. 70) y Ley 1437 de 2011 (art. 46) “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” En relación con el citado Decreto 1320 de 1998, la Corte Constitucional lo ha inaplicado por inconstitucional en repetidas ocasiones por haber sido dictado sin surtir el proceso de consulta previa y debido a que no se ajusta a los parámetros previstos en el Convenio 169 de la OIT (sentencias T-652 de 1998 y T-745 de 2010). Así mismo, el Consejo de Administración de la OIT en el informe GB.282/14/3 (Ginebra, noviembre de 2001, 282ª reunión), aprobó las recomendaciones del Comité de Expertos, en las que pide “al Gobierno que modifique el decreto núm. 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio”

³⁰ *Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales*, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 2011, p. 16 a 36. En palabras de SAGÜES, “En definitiva, (...) puede registrarse un cambio de cultura constitucional, que importa el tránsito de la idea que hemos

medida en el derecho internacional de los derechos humanos, de tal manera que sea posible avanzar hacia un multiculturalismo material o sustantivo³¹.

Empero, la apertura del ordenamiento constitucional hacia tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos (art. 93), ha permitido incorporar al ordenamiento jurídico interno en virtud del bloque de constitucionalidad³², el Convenio 169 de la OIT aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 21 de 1991, instrumento internacional que ha contribuido a determinar (i) que el ámbito de aplicación de la consulta previa no se circunscribe a las comunidades indígenas, sino que se extiende a los pueblos étnicos en general; (ii) el tipo de decisiones que deben ser objeto de consulta (administrativas y legislativas); (iii) la finalidad de la consulta; y (iv) las características del proceso de consulta. De esta forma, se ha podido superar el reduccionismo propuesto por el constituyente colombiano, en el sentido de que la consulta previa solamente resulta aplicable para los pueblos indígenas y que las únicas medidas susceptibles de ser consultadas serían aquellas que versen sobre la exploración y explotación de recursos naturales.

llamado de la constitución-promesa (un texto pletórico de derechos, pero de realización muy futura, y principalmente a cargo de los poderes ‘políticos’: el Congreso y el Presidente), a la noción de la constitución-contrato: una constitución reclamable y exigible ante los tribunales. Ello compromete y apura, desde luego, el perfil de la judicatura como agente de cambios sociales.”

³¹ M. CARBONELL, señala que para L. FERRAJOLI hay cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias. El primero es el modelo de la indiferencia jurídica de las diferencias, en el que las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora. El segundo es el de la diferenciación jurídica de las diferencias, de acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, de nacimiento, de lengua, de fe religiosa, de renta, etc), resultan asumidas como estatus privilegiados y como fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo la de mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etc), se convierten en estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o a veces incluso de persecución. El tercer modelo es el de la homologación jurídica de las diferencias, según el cual las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad, en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa, como normal y al mismo tiempo como normativa. El cuarto es el de la igual valoración jurídica de las diferencias. Se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad. No ignora las diferencias sino que al asegurar la igualdad de todos en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento de igual valor por todas las diferencias. Con base en la anterior, considera que la Constitución colombiana crea “un estatuto indígena diferenciado a partir del reconocimiento de derechos de las etnias sobre ciertos territorios.” *Minorías y derechos: un punto de partida constitucional*. En: M. CARBONELL, J.A. CRUZ PARCERO y R. VÁSQUEZ (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa, UNAM, México, 2004, p. 365 y 375.

³² Esta figura ha sido construida jurisprudencialmente por la Corte Constitucional de Colombia, apoyada en el bloque de legalidad francés. En palabras de R. UPRIMNY YEPES, la noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: este concepto hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supraleales, pueden ser más numerosas de aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. En: *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2004, p. 27.

Sea del caso indicar que los primeros instrumentos internacionales dictados por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo³³, ninguno de ellos ratificado por el Estado colombiano, que expresamente se refieren a cuestiones indígenas, son los Convenios Nro. 50³⁴, 64³⁵, 65³⁶ y 86³⁷. Pero es solamente hasta el Convenio 107 de la OIT³⁸, aprobado en Colombia mediante ley 31 de 1967, ratificado el 4 de marzo de 1969 y denunciado el 7 de agosto de 1991, el cual “constituyó un primer intento de codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas y tribales. Por tanto, fue el primer convenio internacional en el asunto y la OIT lo adoptó en 1957 a solicitud del sistema de la ONU. El Convenio núm. 107 es un instrumento amplio sobre el desarrollo, que cubre una variada gama de temas, como los derechos a las tierras; contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales; seguridad social y salud; y educación y medios de comunicación. En particular, las disposiciones del Convenio núm. 107 en materia de tierras, territorios y recursos proporcionan una amplia cobertura y son similares a las del Convenio núm. 169. El Convenio núm. 107 fue ratificado por 27 países. Sin embargo, tiene un enfoque integracionista que refleja el discurso sobre el desarrollo del momento de su adopción. Durante la década de 1970, cuando la ONU comenzó a examinar la situación de los pueblos indígenas y tribales con más detalle, y cuando los pueblos indígenas comenzaron a hacerse más visibles a nivel internacional, el enfoque del Convenio núm. 107 fue objeto de cuestionamientos. El Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986 y ésta concluyó que el ‘enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno’. Luego, el Convenio fue revisado durante 1988-1989, y en 1989 se adoptó el Convenio núm. 169. Desde la adopción de este último Convenio, el Convenio núm. 107 ya no quedó abierto para ratificación. Sin embargo, continúa estando en vigencia para 18 países, muchos de los cuales tienen poblaciones significativas de indígenas, y sigue siendo un instrumento útil en esos países ya que cubre muchas áreas que son clave para estos pueblos.”³⁹

En relación con el citado Convenio 169 de la OIT, los contenidos generales pueden resumirse así: (i) el preámbulo que determina la axiología del instrumento internacional; (ii) la política general (parte I), que alude específicamente a la garantía de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, donde se encuentra un importante énfasis en la participación, manifestado en la consulta previa cada vez que sean dispuestas medidas administrativas o legislativas que puedan

³³ A juicio de S. TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO “La OIT fue la primera que se interesó por los derechos de los pueblos indígenas y desde principios de los años veinte ha procurado proteger y promover sus derechos. En los Convenios celebrados se distinguen dos modalidades: (1) aquellos que definen los derechos exclusivamente laborales de los trabajadores indígenas, realizados en un momento inicial; y, (2) más recientemente, y una vez que los Derechos Humanos exceden a la jurisdicción doméstica estatal, los textos que recogen los derechos (no sólo laborales, que también) de las denominadas poblaciones indígenas. *La situación jurídica internacional de los pueblos indígenas*. En: J. SOROETA (ed.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Itxaropena, Bilbao, 1999-2005.

³⁴ Relativo a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores (1936).

³⁵ Relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas (1939).

³⁶ Relativo a las sanciones penales contra los trabajadores indígenas por incumplimiento del contrato de trabajo (1939).

³⁷ Convenio relativo a la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas, 1949.

³⁸ Relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes (1957). Aunque Colombia aprobó el Convenio 104 de 1955, relativo a la abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas, fue dejado de lado o retirado por la OIT.

³⁹ En: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm> (última visita el 2 de octubre de 2012).

afectarlos directamente; (iii) tierras (parte II), acápite que pone especial acento a la relación que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios, entendidos en sentido amplio, es decir, la totalidad del hábitat de las regiones que ocupan o utilizan de alguna manera, como sería el caso de los lugares sagrados. Así mismo, es expreso el reconocimiento de los derechos a la propiedad y a la posesión para los pueblos indígenas y tribales, sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, o aquellas que han sido apropiadas y que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, debiendo prestarse especial atención a los pueblos nómadas y agricultores itinerantes; (iv) contratación y condiciones de empleo; formación profesional (parte III y IV), apartados en los que se establece el deber que recae sobre los Estados de adoptar medidas especiales por lo menos iguales a las de los demás ciudadanos; (v) preservación de su cultura y autosuficiencia y desarrollo económicos (parte IV), facetas que los Estados deben velar por su fortalecimiento; (vi) seguridad social y salud (parte V), que tienen por objeto garantizar su prestación sin discriminación alguna; (vii) etnoeducación y derecho a la información (parte VI), con el fin de salvaguardar la identidad y la existencia de los pueblos; (viii) integración internacional de los pueblos indígenas y tribales (parte VII), como manera de facilitar la cooperación entre Estados; y (ix) disposiciones relativas a la administración de programas que afecten a los pueblos; generales y finales (parte VIII, IX y X). Finalmente, la Declaración de Naciones Unidas⁴⁰, que aunque en principio no tiene la fuerza normativa de un tratado internacional, se ha constituido en un trascendental parámetro o guía de interpretación en la actividad judicial de la Corte⁴¹, de cara a la protección del derecho a la consulta previa⁴². Sin embargo, la circunstancia de que se trate de un instrumento que fue fruto de negociaciones por parte de los Estados y los pueblos indígenas durante más de dos décadas y de la legitimidad que

⁴⁰ El entonces Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, RODOLFO STAVERNAGEN, en relación con la importancia de este instrumento, expresó: “Los indígenas del mundo pueden sentirse satisfechos de que la Asamblea General de las Naciones Unidas haya aprobado la Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas, la cual no sólo constituye un hito fundamental para estos pueblos, sino que representa también la importante contribución que ellos han venido haciendo a la construcción del sistema internacional de los derechos humanos. Producto de más de dos décadas de negociaciones entre los Estados miembros, los representantes de los pueblos indígenas y las organizaciones de derechos humanos, la Declaración refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas, tal y como vienen siendo progresivamente reconocidos en numerosos países así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos. Durante los últimos años, los pueblos indígenas se han convertido en actores fundamentales de la defensa de los derechos humanos. Tanto dentro de los Estados en los que viven como en las instancias de las Naciones Unidas y en otros foros internacionales, han logrado hacer oír sus legítimas demandas, y los testimonios que han aportado desde hace mucho sobre las violaciones históricas a sus derechos humanos han impactado la conciencia de las naciones. La Declaración reafirma que los indígenas en lo individual y colectivamente gozan de todos los derechos ya reconocidos a nivel internacional, y que las circunstancias especiales de su existencia como pueblos discriminados y despojados de sus recursos ancestrales durante largo tiempo, requieren una atención particular de los Estados y de la comunidad internacional. Las tierras y territorios ancestrales de los indígenas constituyen el fundamento de su existencia colectiva, de sus culturas y espiritualidad. La Declaración reconoce su estrecha relación con el medio ambiente y su derecho, como pueblos, a la libre determinación en el marco de los Estados en los que viven. La adopción por la Asamblea General de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas es un paso más en la consolidación de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos de todas las personas, a la cual se obligan los Estados miembros de la Organización.” NACIONES UNIDAS. Experto de la ONU: La adopción de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, un momento histórico para los derechos humanos. Naciones Unidas, 2007.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-704 de 2006, T-514 de 2009 y T-617 de 2010.

⁴² G. A. RODRÍGUEZ, lo considera un instrumento de soft law. *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 13.

sobre él recae, hará necesario repensar en el futuro que tan solo se trate de derecho emergente, para darle la connotación de norma *ius cogens* y por esa vía incluirla al bloque constitucional de tal manera que goce de fuerza normativa. Sobre este particular, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, en el informe presentado a la Asamblea General de dicho organismo en el año 2011, indicó:

Independientemente de su importancia jurídica precisa, la Declaración tiene un peso normativo considerable dimanado de su elevado grado de legitimidad. Esta legitimidad es una función no solo del hecho de que ha sido aprobada por una abrumadora mayoría de Estados Miembros (...) sino también de que es el producto de muchos años de promoción y lucha de los propios pueblos indígenas. La Declaración es el resultado de un diálogo intercultural que se ha mantenido a lo largo de varios decenios y en que los pueblos indígenas han desempeñado un papel de liderazgo. Las normas de la Declaración reflejan en gran medida las propias aspiraciones de los pueblos indígenas, que tras varios años de deliberaciones ahora han sido aceptadas por la comunidad internacional. La redacción de la Declaración, que ha sido aprobada por los Estados Miembros, manifiesta explícitamente un compromiso con los derechos y principios consagrados en la Declaración. Los Estados deben actuar de buena fe y adherirse a esa expresión de compromiso con las normas que los propios pueblos indígenas han propuesto.

Por otra parte, aunque la Declaración propiamente dicha no es jurídicamente vinculante de la misma forma en que lo es un tratado, refleja obligaciones jurídicas que guardan relación con las disposiciones de derechos humanos contenidas en la Carta de las Naciones Unidas, distintos tratados multilaterales de derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario. La Declaración se basa en las obligaciones generales de derechos humanos de los Estados y en los principios de los derechos humanos fundamentales como la no discriminación, la libre determinación y la integridad cultural, que forman parte de los tratados de derechos humanos ampliamente ratificados, como lo demuestra la labor de los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados. Además, en la medida en que tienen conexión con una pauta internacional y estatal continuada, puede considerarse que los principios básicos de la Declaración reflejan las normas del derecho internacional consuetudinario.

Por otra parte, la Declaración es un reflejo del consenso internacional que existe respecto de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en un modo que es congruente con las disposiciones del Convenio num. 169 (...) y que las enriquece, así como con las interpretaciones de otros instrumentos de derechos humanos hechas por organismos y mecanismos internacionales. Como la expresión más autorizada de ese consenso, la Declaración establece un marco de actuación para la protección y aplicación plenas de esos derechos.

Así pues, no debe menoscabarse la importancia de la Declaración mediante afirmaciones en el sentido de que por su condición técnica de resolución no reviste carácter jurídicamente vinculante. A juicio del Relator Especial, la aplicación de la Declaración debe considerarse un imperativo político, moral e indudablemente, jurídico.⁴³

⁴³ Informe A/66/288 del 10 de agosto de 2011, párrafos 67 a 70.

De manera más sintética en el informe del 6 de julio de 2012⁴⁴, señaló que “la Declaración constituye un entendimiento común con fuerza legal, a nivel mundial, sobre el contenido mínimo de los derechos indígenas, fundamentado en diversas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.” En el último capítulo, al hacer referencia al consentimiento previo, libre e informado se realizarán algunas consideraciones adicionales.

2. Decisiones de la Corte Constitucional colombiana

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, empieza el funcionamiento en Colombia de la Corte Constitucional, organismo que inició sus labores el 17 de febrero de 1992⁴⁵. Es solamente a partir de este momento, que puede afirmarse con total contundencia que se da un fortalecimiento decidido en la historia republicana al control de constitucionalidad, cuyas manifestaciones se encuentran en el control de la legislación por vía de acción y automático⁴⁶, y en la protección de los derechos fundamentales mediante la acción de tutela.

En uno y otro ámbito, han sido proferidas sentencias en las que paulatinamente se han venido delineando, ante la ausencia de marco regulatorio, las condiciones para garantizar el deber de consulta previa, libre e informada cuando son proferidas medidas administrativas o legislativas, que afecten directamente los intereses de los pueblos indígenas o tribales.

De esta manera, el desarrollo jurisprudencial puede ser caracterizado así: una primera etapa, comprendida entre los años 1992 a 1998, en la que el deber de consultar estaba circunscrito a medidas administrativas relativas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, constituyéndose en el momento de la implementación o del ingreso de la figura, a partir de la cual se empezaron a precisar importantes contenidos. Una segunda etapa de posicionamiento, que tiene lugar entre los años 1999 y 2007, en la que el espectro de la consulta previa se amplía notablemente, en tanto se extiende para las comunidades afrocolombianas⁴⁷, se incluyen medidas de tipo legislativo y los conflictos que puedan presentarse dentro de las minorías culturales. Finalmente, una tercera etapa de consolidación comprendida entre los años 2008 a 2012, en la que precisa el ámbito de aplicación de la consulta previa en lo atinente a medidas legislativas, es decir, que su radio de acción no solo comprende la ley en sentido formal, sino también decretos ley, decretos legislativos, reglamentos autónomos e inclusive reformas constitucionales y extendiendo el ámbito de aplicación de la consulta a los pueblos indígenas, negros o afrocolombianos (incluidos raizales y palenqueros), y gitanos -ROM-.

⁴⁴ A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012, párr. 24.

⁴⁵ Se trata de una institución que hace parte de la Rama Judicial del poder público (arts. 116 y título VIII, capítulo 4, de la Constitución).

⁴⁶ L. LÓPEZ GUERRA, al referirse a los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes por los tribunales constitucionales, circunscribiéndolo a Italia, España y Francia, alude al control por vía de acción o principal (*a posteriori* o represivo) y al control de carácter preventivo (*a priori*). *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 204.

⁴⁷ La connotación peyorativa del vocablo “negro”, véase en J. de D. MOSQUERA MOSQUERA, *La población colombiana afrodescendiente dentro del modelo de Estado de derecho establecido por la Constitución de 1991*. En: *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*, (eds. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, José Antonio Cepeda Amarís y Liliana Estupiñán Achury), Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pp. 457 a 464.

Metodológicamente en cada uno de los momentos se hará referencia a las principales aportaciones de cada sentencia, para luego precisar las condiciones relativas al deber de consulta previa en el contexto colombiano⁴⁸, construidas a manera de línea jurisprudencial. Para terminar, se efectuara una valoración crítica respecto de algunos de los tópicos de la Corte que se tornan problemáticos y que requieren una revisión futura.

A. Primera etapa de la jurisprudencia (1992-1997)

La referencia al deber de consulta previa no es expresa en los inicios de la jurisprudencia de la Corte. No obstante, en sus primeros pronunciamientos, que valga precisar, se suscitaron en el control concreto de constitucionalidad, más allá de que la protección recayó en el derecho a la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades indígenas y la integridad étnica y cultural, implícitamente el amparo privilegió el deber de consulta previa consagrado constitucionalmente, por tratarse de medidas administrativas que afectaban de manera notable el territorio de los pueblos indígenas, además porque las decisiones se apoyaron tímidamente en el Convenio 169 de la OIT.

Así ocurrió en la sentencia T-428 de 1992 (caso Cristianía), que se vio afectado por la ampliación, rectificación y pavimentación de una carretera, lo que llevó al Tribunal Constitucional a ordenar la suspensión de las labores hasta que se efectuaran los estudios de impacto ambiental, así como las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad. Adicionalmente, dispuso condenar a las entidades causantes de los perjuicios a la comunidad indígena, en el monto por ella demostrado ante las autoridades competentes⁴⁹.

También, en sentencia T-188 de 1993 (caso Paso Ancho), se estudió un caso en el que el otrora denominado Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), omitió la realización de estudios socio-económicos y jurídicos tendentes a constituir resguardos sobre el territorio indígena de las comunidades de Paso Ancho y San Antonio.

⁴⁸ La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en Colombia, ha elaborado dos guías de información y reflexión para la aplicación de la consulta previa libre e informada para los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas, desde la perspectiva de los derechos humanos, que pueden ser de especial utilidad para efectuar un acercamiento al tema. En: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Consulta%20Previa%20Indigenas%20Baja.pdf> y <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/consultapreviaafros.pdf> (última visita el 4 de octubre de 2012). Véase también G.A. RODRÍGUEZ, *La consulta previa...*, *op. cit.*

⁴⁹ En Colombia, la posibilidad de que por vía de acción de tutela o de amparo se pueda alcanzar una indemnización en abstracto es muy excepcional, y está supeditada a varios presupuestos: (i) que el afectado no disponga de otro medio judicial; (ii) que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria; (iii) en principio, solamente se refiere al componente de la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, aunque paulatinamente se han ido incluyendo otros componentes de la *restitutio in integrum*; (iv) la liquidación del daño emergente y de los demás perjuicios, le corresponde efectuarla a la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, mediante trámite incidental. Decreto Ley 2591 de 1991, art. 25.

La construcción jurisprudencial de la consulta previa planteó un altibajo en la sentencia T-405 de 1993 (caso Monochoa), en un caso en el que el Estado colombiano autorizó la instalación de bases militares norteamericanas, así como la instalación de un radar de la Administración de Cumplimiento de Leyes sobre las Drogas (DEA)⁵⁰, en un lugar sagrado del territorio indígena. En esa ocasión, la Corte aunque hizo referencia al deber de consulta previa a los pueblos indígenas, no precisó mayores condiciones para entenderlo surtido, al punto que concluyó que la instalación del radar contó con el visto bueno de la comunidad, en la medida en que se hicieron reuniones previas y los indígenas prestaron la mano de obra con carácter remunerado, para los trabajos de adecuación de la zona y en operación del radar, dando entonces prevalencia al derecho a la seguridad que debe garantizar el Estado sobre la integridad étnica y cultural, con independencia de que el radar se hubiera instalado en un lugar sacro⁵¹. No obstante, la importancia de este precedente jurisprudencial radica en que por vez primera establece que la efectividad del derecho a la autonomía del que son titulares los pueblos indígenas, no permite la imposición de decisiones que puedan transgredir su identidad cultural y demás derechos, sin haber sido previamente consultadas, garantía que debe ser entendida como una manifestación del derecho a la participación, conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT (art. 6° literal a.).

Una sentencia hito en la construcción jurisprudencial de la Corte, es la sentencia SU-039 de 1997 (caso U'wa), en la que la Corte con ocasión del estudio de un caso que versaba sobre el otorgamiento de una licencia ambiental para la realización de actividades de prospección para determinar la existencia de yacimientos petroleros en distintas zonas del país, incluidos los territorios indígenas, por primera vez le otorgó a la consulta previa el estatus de derecho fundamental⁵² en cabeza de los pueblos indígenas, como una forma de participación, lo cual se justificó en la necesidad de preservar la integridad étnica, social, económica y cultural, así como la subsistencia de los pueblos indígenas como grupo social⁵³. De igual manera, apoyándose en el

⁵⁰ Por sus siglas en inglés, Drug Enforcement Administration.

⁵¹ La Corte Constitucional concluyó que no había sido desconocido el deber de consulta previa. Empero, consideró que el derecho al medio ambiente había sido vulnerado como consecuencia de la instalación del radar, luego de haber determinado que los manantiales de agua que suministraban el servicio a la comunidad estaban contaminados y que los niños indígenas venían padeciendo enfermedades como diarrea y otras epidemias producto de elementos contaminantes vertidos sobre las aguas por parte de quienes operaban el radar.

⁵² R. ARANGO, señala que para de R. ALEXANDER, los derechos fundamentales son “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria” *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Legis, Bogotá, 2005, p. 31. Bajo este entendimiento, en Colombia a diferencia por ejemplo de España, el juez constitucional tiene la capacidad de determinar cuándo un derecho alcanza la condición de fundamental. Es decir, no solo es relevante el criterio formal, sino que cobra especial importancia el criterio material, a partir del cual la Corte le ha otorgado el estatus de derecho fundamental a la salud, al mínimo vital, a la seguridad personal y a la identidad sexual, entre otros.

⁵³ La Corte Constitucional de Colombia, en relación con la consulta previa como derecho fundamental, expresó: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2° de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La Constitución en diferentes normas alude a la participación

Convenio 169 de la OIT (arts. 5, 6, 7 y 15.1), estableció sobre la base de la buena fe y el mutuo respeto, las primeras condiciones para garantizar el derecho a la consulta previa en el contexto de la explotación de recursos naturales, incluida la prospección, a saber: (i) que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) que la comunidad indígena tenga oportunidad para que libremente y sin ningún tipo de interferencia, pueda mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente en lo que concierna a la defensa de sus intereses y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Con todo, lo que se busca es garantizar la participación activa y efectiva de la respectiva parcialidad en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada; (iv) no tiene valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales; (v) en caso de que no sea posible alcanzar un acuerdo o concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo, es decir, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena; y (vi) en una fase *ex post* debe garantizarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que produzca la decisión de la autoridad o que puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Estos lineamientos fueron reiterados en la sentencia T-652 de 1998 (caso Urrá I), en el que se había construido la primera etapa de un proyecto hidroeléctrico que implicó el desvío del cauce de río Sinú, lo que conllevó severos impactos ambientales y la inundación de parte del territorio del pueblo Embera Katío. En esa ocasión, la Corte proyectó los efectos colaterales que tuvo la construcción de la presa sin haber sido garantizado el derecho a la consulta previa, así como aquellos para el momento del llenado como la afectación al mínimo vital y el cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental, a una agraria de alto impacto y menos productividad, y los efectos en el cuidado de la salud por el impacto de la hidroeléctrica en los

ciudadana que ofrece diferentes modalidades (preámbulo, arts. 1, 2, 40, 70 y 103, entre otros). Por lo tanto, la única forma de participación, no es la política. A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (...), sino que tiene significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades. El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (...), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico (...), integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.” (Las subrayas y negrillas son agregadas).

medios de transporte y las condiciones de vida del pueblo indígena. Por último, la decisión ordenó la reparación de la comunidad indígena afectada, mediante el componente de la indemnización, al menos en cuantía que garantizara su supervivencia física, mientras tenían lugar los cambios culturales, sociales y económicos, con la precisión que en el evento de no lograrse un acuerdo sobre el monto de la indemnización entre la firma constructora y el pueblo indígena, el *quantum* debía fijarse mediante trámite incidental (subsidio de alimentación y de transporte), a fin de garantizar a cada uno de los miembros del pueblo indígena, durante los siguientes quince (15) años, para así garantizar la supervivencia física, mientras se adecuaban sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas, y podían educar a la siguiente generación para asegurar que no desapareciera esa cultura en el mediano plazo.

De esta manera, quedan sentadas las primeras bases jurisprudenciales del derecho a la consulta previa, las cuales en su germen apenas empiezan a apoyarse desde el primer momento en el Convenio 169 de la OIT.

B. Segunda etapa de la jurisprudencia (1998-2007)

A partir de este momento, se da un importante salto cualitativo en el marco de aplicación de la consulta previa, no solo porque se extiende a medidas de tipo legislativo, aunque la primera decisión no fue muy afortunada, sino también porque se incluye en general a los grupos étnicos como destinatarios del deber de consulta previa frente a medidas que puedan afectarlos directamente. Finalmente, la Corte considera que se trata de un mecanismo loable para superar las diferencias que puedan presentarse dentro de las comunidades indígenas.

Es así como en sentencia T-634 de 1999 (caso Arhuaco), en el que se estudiaba la viabilidad de crearse un municipio dentro del territorio del pueblo, además de que la Corte sostuvo que la consulta previa encuentra fundamento en el derecho a la autodeterminación de los pueblos (art. 9° de la Constitución), extendió el ámbito de aplicación al no circunscribirlo a la explotación de los recursos naturales, sino también a aspectos relativos a la democracia participativa, como sería el caso de la constitución como entidad territorial de un territorio indígena, supuesto en el que se requiere la participación de los representantes de las comunidades indígenas (art. 329 de la Constitución)⁵⁴.

Luego en la sentencia C-169 de 2001, la Corte efectuó por primera vez el estudio de una medida de tipo legislativo, concretamente un proyecto de ley estatutaria que reglamentaba las circunscripciones especiales (comunidades indígenas y negras), tipología de ley que una vez surtido el trámite legislativo y antes de la sanción gubernamental debe ser objeto de control de constitucionalidad previo y automático. Esta decisión, aunque concluyó que dichas iniciativas legislativas no son susceptibles del agotamiento de la consulta previa, en tanto no existe disposición constitucional expresa que así lo indique, efectuó importantes precisiones respecto de las medidas de tipo legislativo que puedan afectar directamente a los grupos étnicos: (i) en materia legislativa la consulta previa es un requisito o presupuesto formal en el proceso de formación de la

⁵⁴ La acción de tutela no es decidida de fondo, bajo el argumento de que no se encontraba satisfecho el requisito de la subsidiariedad.

ley⁵⁵; (ii) apoyándose en el Convenio 169 de la OIT, extendió el deber de consulta previa a las medidas legislativas que afecten en forma directa a las etnias que habitan en su territorio; (iii) de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del mismo instrumento internacional, puntualizó que la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar cumplimiento a los deberes contraídos deberán determinarse con flexibilidad, lo cual implica el otorgamiento de un importante margen de discrecionalidad para los Estados, de tal manera que se asegure la participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernen; (v) el único ámbito establecido en la Constitución en el que es inexcusable la consulta previa, es cuando se trata de explotación de recursos naturales, por lo que es improcedente cuando se trata de proyectos de ley estatutaria, salvo que el legislador expresamente lo señale⁵⁶; y (vi) caso por caso, deberá determinarse cuándo la consulta previa es obligatoria.

En lo que hace relación con las leyes en sentido formal, es decir, aquellas que han surtido el proceso de formación determinado en la Constitución y que han entrado en vigencia previa publicación en el Diario Oficial, la Corte en sentencia C-418 de 2002, efectuó la revisión constitucional de una disposición del Código de Minas que aludía a la facultad que recaía sobre la autoridad minera para señalar y delimitar zonas mineras indígenas con base en estudios técnicos y sociales dentro de los territorios indígenas y declaró su exequibilidad en el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas, era necesario el agotamiento de la consulta previa.

Posteriormente en sentencia C-891 de 2002, la Corte al estudiar algunas disposiciones del Código de Minas, efectuó una simbiosis entre la consulta previa y la concepción holística que para los pueblos indígenas tiene el concepto de territorio. Al respecto, consideró que la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios, está directamente vinculada al entendimiento que esas comunidades tienen sobre el territorio, en tanto están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, justamente por el carácter ancestral y sagrado que ostenta, constituyéndose en un elemento integrante de la forma como ven y entienden el mundo. Por tanto, la participación desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que la explotación de los recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De otra parte, precisó que la imposibilidad de que no se haya alcanzado un acuerdo con la comunidad indígena,

⁵⁵ Así lo ratificó la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-608 de 2010, al efectuar la revisión constitucional del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia.

⁵⁶ Así lo indicó la Corte Constitucional de Colombia: “En conclusión, no se puede afirmar que el proyecto de ley estatutaria bajo revisión deba surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos (...). Está por fuera de toda discusión que la realización de una consulta de esa índole sería conveniente y deseable, y que, en el evento de realizarse, contaría con un sólido respaldo en el ordenamiento superior. Sin embargo, mal haría la Corte en prescindir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, mucho más tratándose de una ley estatutaria, cuyos requerimientos procedimentales se encuentran taxativamente enumerados en los artículos 153 y 157 de la Carta. En otras palabras, escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo, especialmente como el presente, en los que existen disposiciones internacionales que refuerzan la libre apreciación del Legislador en la materia”. Empero, la exhortó al Congreso de la República para que reglamente la materia, con la precisión de que la obligatoriedad de la consulta previa en los casos que no tengan relación con la explotación de recursos naturales, sólo se debe aplicar en ausencia de una regulación integral de la materia por parte del Congreso.

en asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, no puede entenderse como un veto para que sean presentados los proyectos legislativos, en la medida en que se trata de un derecho que no es absoluto. De igual manera, efectuó una distinción entre el deber de consulta previa, los espacios deliberativos con los que cuentan los pueblos indígenas para participar en el proceso de formación de la ley, y aquellos que surgen a partir de la entrada en vigencia de la ley, es decir, los que tienen relación con las medidas administrativas que resulte necesario adoptar para el desarrollo de la misma, siempre y cuando sean susceptibles de afectar directamente sus intereses.

El deber de consulta previa, igualmente se ha extendido a las políticas del gobierno encaminadas a la erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea de herbicidas en la región de la Amazonía colombiana, territorio ocupado por pueblos indígenas. Ese fue el caso decidido mediante sentencia SU-383 de 2003 (caso Amazonía colombiana), en el que la Corte reiteró su jurisprudencia sobre la fundamentalidad del derecho a la consulta previa, además de que precisó que tratándose de medidas administrativas en el ordenamiento jurídico colombiano no existe un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de garantizar su supervivencia, destacando que el proceso de consulta previa debe adelantarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, de tal manera que en caso de que no se alcance el consentimiento de los pueblos consultados, se deberá evaluar la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con las medidas, con el objeto de implementar al programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio, lo cual no autoriza para que las autoridades decidan las prioridades de los pueblos en sus procesos de desarrollo, por tratarse de un derecho del que son titulares. Es decir, no debe tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que los pueblos indígenas sean informados del contenido del programa que se adelanta en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento sobre el impacto de las medidas en su hábitat y en sus estructuras cognitivas y espirituales. Así mismo, deben incluirse las medidas en ejecución con todas sus implicaciones, con el objeto de que los pueblos consientan en la delimitación y continuación del programa y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas y que la negativa no debe entenderse como un veto, sino que se debe entender como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Este pronunciamiento, establece como lineamientos o pautas para que se lleve a cabo la consulta previa, los siguientes: (i) el señalamiento de un límite temporal (3 meses); (ii) el deber de efectuar una pre-consulta para que las autoridades de la comunidad indígena determine el procedimiento y los términos en que debe adelantarse la consulta (dentro del primer mes); (iii) el ámbito territorial en que tendrá lugar; y (iv) la consulta previa en sentido estricto (dos últimas fases que deberán llevarse a cabo dentro de los dos meses siguientes).

Un parámetro adicional que se establece posteriormente en la sentencia C-620 de 2003⁵⁷, es que en materia de explotación de recursos naturales en los territorios ocupados por los pueblos indígenas, además de que es imprescindible el deber de consulta previa, dichas comunidades en

⁵⁷ La Corte al efectuar la revisión constitucional de una disposición legislativa que aludía a la posibilidad de crear una sociedad de economía mixta para administrar, fabricar, explotar, transformar y comercializar las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure, territorio ocupado por la comunidad Wayuu, concluyó que la parcialidad había sido debidamente consultada.

armonía con lo previsto en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Hasta acá, puede notarse que la consulta previa había sido circunscrita por la jurisprudencia de la Corte a los pueblos indígenas, siendo solamente hasta la sentencia T-955 de 2003 (caso de la comunidad negra de la cuenta del río Cacarica), que se hace extensiva para las comunidades afrocolombianas, en un caso que hacía referencia a explotaciones forestales dentro del territorio colectivo⁵⁸.

El espectro de aplicación de la consulta previa, no solo se refiere a medidas externas de naturaleza administrativa o legislativa, sino que igualmente ha considerado la Corte que dentro de los pueblos indígenas es un mecanismo plausible para superar las diferencias que puedan suscitarse⁵⁹. Esa fue la conclusión a la que arribó en la sentencia T-737 de 2005 (caso Yanacóna), en el que encontró que se trataba de un conflicto interno en la comunidad indígena que presentaba una división social y política, al punto que fueron elegidas simultáneamente autoridades internas, pero sólo una de ellas fue reconocida como legítima por el Estado. Esa situación, a juicio de la Corte exigía por parte de la autoridad estatal tan pronto tuvo conocimiento del conflicto interno, convocar a un proceso de consulta tal como lo dispone el Convenio 169 de la OIT, para que se dirimiera la controversia.

Finalmente, en la sentencia C-208 de 2007, la Corte al efectuar el estudio de constitucionalidad del Estatuto de Profesionalización Docente (Decreto 1278 de 2002), concluyó que se presentaba una omisión legislativa relativa en tanto no contenía una regulación especial sobre la forma de vinculación al servicio estatal de los docentes y directivos docentes de los grupos indígenas⁶⁰, por lo que decidió declararlo conforme a la Constitución “siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los

⁵⁸ De igual manera, en sentencia T-745 de 2010, la Corte protegió el derecho fundamental a la consulta previa, en un caso que versaba sobre la construcción y mejoramiento de una carretera dentro del territorio ocupado por comunidades negras. En esa oportunidad, dispuso la suspensión de las actividades iniciadas, hasta tanto se agotara el deber de consultar en el marco de un ambiente discursivo, ceñido al requisito de representatividad y a los principios de buena fe y confianza legítima. Lo mismo ocurrió en la sentencia T-1045A de 2010, al estudiar un caso en el que se había otorgado licencia para la explotación de un yacimiento de oro, en territorio habitado por comunidades afrodescendientes. Allí, el Tribunal Constitucional dispuso la suspensión de la exploración minera hasta que se llevara a cabo la consulta.

⁵⁹ Para la Corte, “[E]l Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país, respecto de todas aquellas decisiones que involucren sus intereses, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades.”

⁶⁰ Al respecto, consideró la Corte: “[D]ebe entenderse que, para todos los efectos, lo referente al ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas, quedó sometido a las reglas y condiciones establecidas para la educación dominante o tradicional, sin que tales comunidades hubieran sido consultadas previamente y sin que ello sea posible en el escenario del derecho a la identidad educativa y cultural, por no resultar compatible tal ordenamiento con las manifestaciones de cultura que identifican a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional.” Aun cuando la referencia fue a los indígenas, el entendimiento de esta sentencia debe ser amplio, es decir, comprende todos los grupos étnicos.

establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias.” En esta misma decisión, la Corte extendió el espectro de aplicación de las reglas de la consulta previa, libre e informada a todos los grupos étnicos.

C. Tercera etapa de la jurisprudencia (2008-2012)

Este período se caracteriza por el exponencial aumento del control de constitucionalidad sobre la legislación, lo cual ha permitido que la Corte precise el ámbito de aplicación de la consulta previa, no circunscribiéndola a las leyes en sentido formal, sino que también ha incluido otro tipo de medidas legislativas como los decretos ley, decretos legislativos, reglamentos autónomos y reformas a la Constitución, aun cuando no se refieran a la explotación de recursos naturales ni a la delimitación de los territorios de los pueblos indígenas y tribales (arts. 329 y 330 de la Constitución). De igual modo, estableció algunos parámetros para determinar caso por caso, cuándo procede la consulta previa respecto de medidas de naturaleza legislativa.

Fue con ocasión de la sentencia C-030 de 2008, en la que se declaró la inexecutable de la ley general forestal, por haberse pretermitido el deber de consultar a los grupos étnicos, que la Corte empieza a determinar con mayor detalle los criterios que permiten calificar que una medida de índole legislativa requiere el agotamiento de la consulta previa. Para tal efecto, con fundamento en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, distinguió dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales. La primera, referida a la obligación de los gobiernos de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. La segunda, surge del deber de consulta previa respecto de las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos. De esta manera, señaló que cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, deben distinguirse dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales. El primero, que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el segundo, que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto el deber de consulta. De esta manera, consideró que pueden adoptarse marcos legislativos generales, en los que el nivel de participación que debe garantizarse a los pueblos indígenas y tribales es el primero, mientras que cuando se trata de una medida legislativa específica que afecte el territorio de esos pueblos es requisito *sine qua non*, garantizar el derecho fundamental a la consulta previa, lo cual no descarta que el contenido material de una medida concebida con alcance general, pueda tener repercusión de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales⁶¹.

⁶¹ Así quedó explicado en la sentencia: “No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario

De otra parte, al referirse a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe surtirse la consulta, señaló que el Convenio 169 no establece reglas de procedimiento, al punto que mientras no hayan sido establecidas en la ley, debe llevarse a cabo bajo el parámetro de la flexibilidad consagrado en el mismo instrumento internacional (art. 34), proceso que está sometido al principio de la buena fe, lo que significa “por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto.”

Finalmente, en relación con las consecuencias jurídicas que derivan de la omisión del deber de consulta previa, la Corte indicó que en determinadas circunstancias la ley debe ser declarada inconstitucional, pero también consideró que frente a una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales y que los afecta directamente, la omisión de la consulta puede resolverse excluyendo a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley. Así mismo, indicó que en el evento de que la ley presente una omisión legislativa debe conservarse en el ordenamiento, pero requeriría la adopción de “las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.”

Estos últimos parámetros, fueron objeto de mayor precisión en la sentencia C-461 de 2008, con ocasión de la revisión constitucional de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo para la vigencia 2006-2010, en la que la Corte encontró que los proyectos y programas incluidos que

equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afectan a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169. Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a cuestionarse sobre los criterios para determinar cuando puede decirse que una medida legislativa afecta directamente a las comunidades indígenas y tribales. En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. Cabría, entonces, señalar que procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta. Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio.”

afectaban de manera directa a los grupos indígenas del país, no fueron objeto de consulta previa, lo cual en principio, no haría posible declarar la exequibilidad de ley. Sin embargo, en una decisión con claros tintes consecuencialistas, precisó como criterios para que sean valorados en cada decisión, los cuales tienen por objeto otorgar una importante garantía al principio democrático, (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de sus partes; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables del resto de la misma; y (iv) las decisiones u omisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, consideró improcedente expulsar del ordenamiento jurídico la mencionada legislación por contener numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar la consulta previa con los grupos indígenas del país, por ser separables los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas y por ser completamente ajenos a su ámbito de protección, condicionando su constitucionalidad a la suspensión de la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa. Este puede ser un precedente que puede ser visto como poco afortunado, en tanto quedó en entredicho el carácter *previo* de la consulta.

Esta decisión, junto con la sentencia C-175 de 2009, en la que fue declarada la inexequibilidad de la Ley de Desarrollo Rural⁶², la Corte precisó los requisitos o condiciones de índole fáctica que deben acreditarse para garantizar la eficacia material del derecho a la consulta previa, sistematizando para el efecto la jurisprudencia dictada hasta ese momento y precisando que no son admisibles posturas adversariales o de confrontación y que en relación con las medidas de tipo legislativo, la consulta debe efectuarse de manera previa a la presentación de la iniciativa, teniendo en cuenta que pueden verse afectados los principios de consecutividad y unidad de materia que caracterizan el proceso de formación de la ley, lo cual tiene relación con el principio de buena fe propio de la consulta y alude consecuencialmente al principio de oportunidad. Así las cosas, se trata de un vicio procedimental que no es subsanable.

En el contexto del conflicto armado interno que vive Colombia, la Sala de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, dictó los autos 004 y 005, ambos de 2009. En el primero, la Corte hizo referencia a la situación de los pueblos indígenas y cómo el conflicto armado los ha afectado sustancialmente, al punto que se trata de una población que se ha visto forzada a abandonar sus tierras. En esa decisión, también llamó la atención sobre la necesidad de que el Estado garantice el derecho a la consulta previa, al punto que consideró que dentro de los planes de salvaguarda étnica para prevenir el desplazamiento forzado como la atención a víctimas, debe contemplarse como elemento mínimo la necesidad de efectuar la consulta en forma previa con las autoridades de cada una de las etnias beneficiarias. En el segundo, el enfoque argumental fue similar, poniendo especial acento en el riesgo agravado de afectación del derecho a la participación y de debilitamiento de las

⁶² Ulteriormente, la Corte en sentencia C-366 de 2011, siguiendo la misma línea argumentativa, declaró inexecutable una reforma legislativa relativa al Código de Minas, confiriendo a la decisión efectos diferidos por dos (2) años. Así mismo, debe destacarse la sentencia C-331 de 2012, que declaró inexecutable un aparte del Plan Nacional de Desarrollo para la vigencia 2010-2014, en el que se derogaba las normas del Código de Minas que autorizaban las actividades de barequeo y minería tradicional, sin que se hubiera surtido la consulta previa.

organizaciones comunitarias afrocolombianas y del mecanismo de la consulta previa⁶³. De esta manera, el Tribunal Constitucional dispuso diseñar y poner en marcha un plan específico de protección y atención, condicionado a que el Estado aplique efectivamente las reglas sobre participación efectiva de las consultas derivadas del cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.

Luego con ocasión de la revisión constitucional del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos de Norteamérica, la Corte en sentencia C-750 de 2008, incurrió en el estudio de una ley aprobatoria de tratado internacional en la que encontró que el capítulo XVII relativo al medio ambiente, no exigía la consulta previa de las comunidades indígenas y tribales, por tratarse de disposiciones que se expedieron de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, sin que ello afecte de manera específica y directa a esos grupos. Sin embargo, condicionó el desarrollo legislativo y administrativo para la aplicabilidad del acuerdo, al agotamiento de la consulta previa en aquellas medidas susceptibles de afectarles directamente.

Es solamente en la sentencia C-615 de 2009, en la que se declaró inexecutable la ley aprobatoria de tratado internacional que contenía el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, que la Corte efectuó un análisis sobre obligatoriedad de la consulta previa en relación con las leyes aprobatorias de los tratados internacionales⁶⁴, pues al tratarse de un acto

⁶³ Así lo expresó la Corte: “La participación tal y como fue concebida en el convenio 169 de la OIT busca proteger la integridad cultural de las comunidades. Igualmente la participación, busca proteger los derechos a un ambiente sano y al desarrollo en el marco de la propia visión cultural. La imposibilidad de desarrollar una vida común en el territorio que los identifica como colectividad, también debilita sus estructuras sociales y políticas y les impide su derecho a la consulta previa como mecanismo para la protección de sus derechos colectivos.”

⁶⁴ En materia de normas internacionales ratificadas por el Estado colombiano, en vigencia de la Constitución de 1886 se planteaba un modelo dualista puro, mientras que con la Constitución de 1991 se acoge un modelo de monismo moderado. En esta decisión, así lo explicó la Corte Constitucional: “[L]a Constitución de 1886 adoptó un modelo *dualista puro*, con lo cual, las normas internacionales debían ser necesariamente transformadas en disposiciones de derecho interno para poder ser aplicadas, por cuanto se entendía que los derechos interno e internacional presentaban enormes diferencias en cuanto a sus modos de producción normativa, sujetos destinatarios y sanciones. (...) [B]ajo la anterior Carta Política, no bastaba con tramitar una ley aprobatoria de un tratado internacional para que éste pudiese ser invocado ante los jueces y la administración; se precisaba que, adicionalmente, la norma internacional se transformara en verdadero derecho interno, es decir, se requería que aquella fuese reproducida en el texto de una ley ordinaria, distinta y complementaria de la ley aprobatoria. (...) La Constitución de 1991 modificó por completo las relaciones entre el derecho internacional y el interno, adoptando un modelo de “*monismo moderado*”; cambio que por supuesto incide en la comprensión del requisito previo de la consulta a las comunidades indígenas. En efecto, según un esquema monista puro, el derecho internacional se aplicaría directamente en los ordenamientos jurídicos estatales, sin precisar proceso formal alguno de recepción. Por el contrario, un paradigma que podría ser calificado como “*monista moderado*”, consiste en admitir que los tratados internacionales deberán ser sometidos a la respectiva aprobación congresional y control de constitucionalidad, pero que una vez ratificados, entrados en vigencia en el orden internacional y publicados en el Diario Oficial (Ley 7ª de 1944), la norma internacional resulta invocable ante los jueces y administración pública, sin que se precise reproducir su texto en una ley ordinaria, es decir, no se requiere una nueva ley para convertirse en derecho interno. Con todo, la admisión de la tesis monista moderada no implica negar que, en algunos casos, se precisará expedir una ley ordinaria que permita ejecutar los mandatos contenidos en la disposición internacional, en especial, cuando se esté en presencia de normas *non self executing*, esto es, aquellas que no contienen la suficiente claridad o elementos que permitan su aplicación inmediata en el orden interno. Así

de formación compleja⁶⁵, no existía claridad meridiana respecto del momento en el que debía agotarse el proceso de consulta previa, en tanto no lo contempla la Constitución colombiana, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados (1969), ni el Convenio 169 de la OIT. En tal virtud, precisó que con base en los principios de la buena fe y de eficacia que debe orientar la realización de la consulta y para garantizar que se pueda adelantar un verdadero diálogo intercultural, la consulta previa debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional por parte del Presidente de la República al Congreso de la República, específicamente cuando es de naturaleza bilateral⁶⁶. Tratándose de tratados de carácter multilateral, la Corte ha considerado que la consulta previa puede tener dos momentos. El primero que es facultativo, al momento de construir la posición negociadora colombiana ante el respectivo foro internacional, y el segundo que es obligatorio e inexcusable, tendrá lugar una vez el texto del instrumento internacional esté aprobado⁶⁷.

por ejemplo, una norma internacional que se limite a prohibir la toma de rehenes, precisará de una interna que la desarrolle en tanto que tipo penal; por el contrario, la interdicción internacional de la esclavitud puede ser calificada como una disposición *self executing*. En este orden de ideas, las normas internacionales sobre derechos humanos deberán ser incorporadas al orden interno colombiano mediante una ley, no siendo necesario, como antaño, reproducir nuevamente su texto en una ley ordinaria, lo cual no implica que, en ciertos casos, se precise de la expedición de normas legales de ejecución.”

⁶⁵ Las etapas que debe agotar un instrumento internacional para que haga parte de la legislación colombiana, son: (i) negociación del tratado a cargo del jefe de estado o su representante; (ii) suscripción del instrumento internacional; (iii) aprobación por parte del Congreso de la República mediante una ley ordinaria; (iv) control de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria y el contenido del tratado a cargo de la Corte Constitucional; (v) ratificación; (vi) entrada en vigencia en el orden internacional; (vii) entrada en vigor en el ordenamiento interno mediante la promulgación de la ley en el Diario Oficial.

⁶⁶ Así lo indicó la Corte: “[L]a eficacia de la consulta a las comunidades indígenas dependerá de si ésta tiene lugar antes de que el Jefe de Estado someta el tratado internacional a la aprobación congresional, pudiendo por tanto realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobatorio por las Partes, es decir, luego de la firma del tratado. Si se realiza durante la negociación, las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (v. gr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc); o igualmente ser consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado. Lo anterior no significa, por supuesto, que las comunidades indígenas no puedan servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios, con el propósito de ilustrar a los congresistas acerca de la conveniencia del instrumento internacional, o que igualmente intervengan ante la Corte al momento de analizarse la constitucionalidad de aquel. De igual manera, el adelantamiento de una consulta previa durante las fases anteriores al sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, no obsta para que, si con posterioridad a la incorporación de aquel al orden interno colombiano se precisa la adopción de medidas legislativas o administrativas concretas que afecten igualmente a las comunidades indígenas, deba igualmente surtir el trámite de la consulta previa en relación con aquellas.”

⁶⁷ En el mismo sentido, véanse las sentencias C-915 de 2010 (revisión constitucional del Acuerdo sobre medio ambiente entre Colombia y Canadá), C-941 de 2010 (revisión constitucional de los acuerdos de libre comercio -acuerdo principal y acuerdos complementarios- entre Colombia y la Asociación Europea de Libre Comercio), C-187 de 2011 (revisión constitucional del Acuerdo en materia de informes anuales sobre derechos humanos y libre comercio entre Colombia y Canadá) y C-293 de 2012 (revisión constitucional del Acuerdo sobre el establecimiento de la red internacional de bambú y el ratán, dado en Beijing, República Popular China, el 6 de noviembre de 1997), en las que el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de las leyes aprobatorias y de los tratados, bajo el argumento de que no contienen medidas legislativas que afecten de forma directa a las comunidades indígenas y tribales, aunque precisó que respecto de los desarrollos legislativos y administrativos que sean necesarios para la aplicación de los Acuerdos, en los que se afecten directamente a dichas comunidades, deberá obligatoriamente adelantarse la consulta previa, con la salvedad de que en caso de que sea omitido, procede la acción de tutela o la de

El influjo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en la jurisprudencia de la Corte, tuvo lugar en la sentencia T-769 de 2009 (caso Bachidubi), en el que había sido adjudicada una concesión a una empresa minera para la exploración dentro del territorio colectivo, en el que claramente se planteaba la problemática tensión entre desarrollo y protección a la diversidad étnica y cultural, cuando se trata de macroproyectos que tienen un fuerte impacto dentro de los territorios ocupados por las comunidades indígenas y tribales. En esa ocasión, la Corte además de considerar obligatorio el agotamiento de la consulta previa, exigió con apoyo en el *caso Saramaka v. Surinam* emanado de la Corte IDH⁶⁸, que era necesario adicionalmente, obtener el consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y tradiciones cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala⁶⁹. Claramente, la objeción que podría plantear esta decisión, es que en la práctica se constituye en un poder de veto con el que cuentan esos pueblos⁷⁰, lo cual puede verse como inconveniente para el desarrollo de un país.

Esta postura fue rápidamente reconsiderada por la Corte en la sentencia T-547 de 2010 (caso Sierra Nevada de Santa Marta), en la que al decidirse un caso en el que se había concedido una licencia ambiental para la operación y construcción del puerto multipropósito Brisa, dentro de un territorio sagrado que se utilizaba para ceremonias de pago de las comunidades indígenas que habitan esa zona del país, precisó acerca de la necesidad de armonizar visiones diferenciadas que no pueden excluirse mutuamente, “[e]sto es, la garantía de los derechos de unos no puede conducir a la negación a los derechos de otros”, lo cual significa que “[n]o hay, ni poder de veto, ni cabe la pretensión de impulsar proyectos que se desentiendan de la afectación que pueden producir en las comunidades con consideración especial de su particular cosmovisión.”

También ha considerado la Corte que la doctrina elaborada alrededor de la consulta previa, cuando se trata de medidas legislativas, es aplicable a todo tipo de norma jurídica que afecte directamente los intereses de los pueblos indígenas y tribales, incluidos los actos legislativos o reformatorios de la Constitución, decretos leyes, decretos legislativos y reglamentos autónomos. Así lo señaló en la sentencia C-702 de 2010, mediante la cual expulsó del ordenamiento jurídico el artículo 2°, inciso 8° del Acto Legislativo 01 de 2009 (reformativo de la Constitución), que modificó la circunscripción especial de minorías étnicas, en el que reconoció la naturaleza

inconstitucionalidad, según sea el caso. Posteriormente, en sentencia C-027 de 2011 (revisión constitucional del Convenio Básico de Cooperación Técnica y Científica entre Guatemala y Colombia), declaró tanto la ley aprobatoria como el contenido del tratado, conforme a la Constitución, sin hacer ninguna precisión adicional.

⁶⁸ Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

⁶⁹ Así lo indicó: “[E]sta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”

⁷⁰ G. A. RODRÍGUEZ, afirma que la necesidad de que sea obtenido el consentimiento libre, previo e informado, “significa que los pueblos indígenas debería tener derecho al veto de los proyectos, contrario a lo que sucede con la consulta previa donde esto no se da, y porque es el mecanismo para garantizar la efectiva participación de estos pueblos en las decisiones que puedan afectarles. *La consulta previa...*, op. cit., p. 70.

procedimental sustantiva de la consulta previa⁷¹, cuando se trata de medidas legislativas, lo cual implica que su desconocimiento compromete la validez constitucional de la norma que haya sido aprobada⁷².

En materia de etnoeducación, también la Corte esta vez en el control concreto de constitucionalidad, encontró que el deber de consulta previa se había omitido. Así ocurrió en la sentencia T-116 de 2011 (caso Páez de la Gaitana), que resolvió un caso en el que una autoridad administrativa de manera unilateral excluyó, sin consulta previa, una institución educativa y sus sedes del listado de establecimientos educativos oficiales que impartían enseñanza a un porcentaje importante de niños y niñas (45.5%) de la comunidad indígena Páez de la Gaitana, exclusión que claramente implicaba la imposibilidad de que participara en la política etnoeducativa. La importancia de esta decisión, radica en que es categórica en señalar que el proceso de consulta previa debe adelantarse dentro de un plazo razonable, apartándose de pronunciamientos anteriores en los que de manera deliberada, sin tener en cuenta las costumbres, creencias y procesos internos de las comunidades, se había establecido un plazo para que se llevara a cabo la consulta. No obstante, la discusión o el debate de fondo en este tema tiene que ver con el nombramiento de

⁷¹ No llegó el Tribunal Constitucional a la misma conclusión en la sentencia C-882 de 2011, en la que efectuó la revisión constitucional de la reforma constitucional que se refiere a la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas y medidas especiales para las personas que consuman dichas sustancias, bajo el argumento de que su propósito exclusivo es el de atacar la drogadicción como un problema de salud pública y “que el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas y, por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural”, en tanto “no es aplicable a las comunidades indígenas, pues el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros.” De otra parte, porque “las preocupaciones de salud pública que inspiraron el acto legislativo para la Sala no son suficientes para limitar las prácticas culturales de nuestros pueblos indígenas, puesto que (i) como ya se explicó, el uso de la hoja de coca en las comunidades indígenas no constituye un problema de drogadicción y (ii) ni existe evidencia de que contribuya al tráfico ilícito de la planta como causa del mismo problema a nivel más general.”

⁷² La Corte Constitucional lo justificó en los siguientes términos: “Esclarecido que la expresión “*medidas legislativas*” del Convenio 169 incluye a los actos legislativos o reformativos de la Constitución, resta indagar si la jurisprudencia sentada por esta Corporación judicial, relativa al derecho-deber de consulta a las comunidades étnicas para la expedición de leyes, puede hacerse extensiva al examen de constitucionalidad de los actos legislativos o reformativos de la Constitución acusados, de haber sido expedidos por el Congreso sin consultar a dichas comunidades pese a que las afecta directamente. La Sala encuentra que dicha jurisprudencia resulta igualmente aplicable a este supuesto fáctico, toda vez que las consideraciones vertidas por la Corte en el grupo de sentencias que conforman esta línea jurisprudencial se orientan a señalar las razones constitucionales que justifican el derecho a la consulta de las comunidades étnicas, la titularidad activa y pasiva del derecho-deber correspondiente, las circunstancias de modo y oportunidad en las que debe ser llevada a cabo, el principio de buena fe que debe presidirla, etc., asuntos todos estos que fácilmente resultan trasladables a la aprobación de los actos legislativos, pues como se vio también respecto de ellos es menester que el especial derecho de participación de las comunidades indígenas y afrocolombianas se haga efectivo al momento de adoptar las reformas constitucionales que directamente les conciernen. Adicionalmente, las reglas sentadas por la jurisprudencia no encuentran obstáculo para ser aplicadas dentro del trámite de los actos legislativos, pues la consulta en ningún caso se rige por normas de procedimiento que solamente resulten aplicables para la aprobación de las leyes, y dichas reglas jurisprudenciales en sí mismas tampoco son incompatibles con las especialidades del trámite de la reforma constitucional; en particular, las razones que justifican el carácter previo de la consulta, relacionadas con la vigencia de los principios de identidad y unidad de materia durante el trámite de aprobación de las leyes, militan igualmente para la aprobación de actos legislativos, ya que dichos principios también se aplican para el ejercicio del poder constituyente por el Congreso de la República”.

etnoeducadores en propiedad, en la medida en que aún se está surtiendo el proceso de consulta previa del régimen que regule integralmente el ingreso, ascenso y retiro de los docentes para los grupos étnicos, el cual se está llevando a cabo en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas, creada mediante Decreto 2046 de 2007. A este respecto, mientras en la sentencia T-379 de 2011 (caso Quillasinga)⁷³, la Corte consideró que hasta tanto no sea expedida dicha reglamentación, los nombramientos deben efectuarse en provisionalidad para que posteriormente sean proveídos mediante sistema de carrera en propiedad. Por otra parte, en la sentencia T-907 de 2011 (caso Kakiona), señaló que ante la ausencia de marco regulatorio, el nombramiento en propiedad de etnoeducadores puede realizarse siempre y cuando (i) la selección sea concertada entre las autoridades competentes y los grupos étnicos; (ii) exista una preferencia sobre los miembros de las comunidades a las que pertenecen; (iii) acredite formación en etnoeducación; y (iv) conocimientos básicos del respectivo grupo étnico⁷⁴, lo cual permite garantizar “la transmisión generacional de su historia, conocimientos, valores y tradiciones.”

A nivel de medidas administrativas, una decisión de notable importancia es la sentencia T-129 de 2011 (caso Embera Katío), por varias razones. La primera, porque aborda con mayor detalle la tensión entre las distintas visiones de desarrollo y la necesidad de protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación. La segunda, en tanto recogiendo la jurisprudencia anterior, ratifica que el deber de consulta previa debe garantizarse a todos los grupos étnicos de la nación colombiana, donde se incluye la población indígena, negra o afrocolombiana (incluidos raizales y palenqueros), y gitanos -ROM-. Finalmente, porque alude a la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado frente a cualquier tipo de medida (administrativa o legislativa), incluidos proyectos de desarrollo y el derecho de las comunidades de compartir los beneficios.

Frente al primer tópico, la Corte apoyándose en conceptos de expertos, puso al descubierto la complejidad que plantea la tensión desarrollo-diversidad étnica y cultural, en un contexto como el colombiano, donde el porcentaje de población indígena oscila entre el 22 y 30 % del territorio nacional, lo que condujo a que planteara en abstracto como una posible solución que en el 70 % restante del territorio, exceptuando el de otros grupos étnicos, pueden llevarse a cabo proyectos de desarrollo sostenible que comprendan la explotación de recursos naturales. Así mismo, indicó que su realización en territorios de comunidades étnicas debe analizarse desde su propia perspectiva, es decir, a la luz del desarrollo propio de los pueblos implicados, optando por una postura intermedia, en la que “se torna indispensable equilibrar el reconocimiento del ‘otro’ y de las ‘otras’ distintas visiones que se puedan tener frente al desarrollo por parte de grupos étnicos que hacen parte de la alteridad y la pluralidad propia de una Nación como la colombiana, con los cuales se tiene el privilegio de coexistir en el mismo territorio.” Por ello, fue enfática en señalar la necesidad de que se garantice e incentive de manera real y efectiva el derecho fundamental a la consulta previa de

⁷³ En esta sentencia se decidió el caso en el que algunos profesores pertenecientes a comunidades indígenas que trabajaban en calidad de provisionales en instituciones educativas, fueron desvinculados con fundamento en unos criterios que no fueron objeto de consulta previa con la comunidad indígena, para dar paso a aquellos que habían superado las etapas del concurso de méritos, a pesar de que no hacían parte del pueblo indígena Quillasinga “Refugio del Sol”. La Corte ordenó que los profesores nombrados en propiedad fueran reubicados, y se reintegrara a los profesores que habían sido desvinculados, nombramiento que en todo caso debería efectuarse en provisionalidad mientras se expide por parte del legislador la respectiva reglamentación.

⁷⁴ Estas condiciones están contenidas en la Ley 115 de 1994 (art. 62) y el Decreto 804 de 1995 (art. 12).

las comunidades étnicas, “pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares.”

La segunda cuestión tiene expresión en el carácter incluyente de la Constitución colombiana y en la necesidad de garantizar en igualdad de condiciones a los grupos étnicos el derecho a la consulta previa, cuando se adopten decisiones legislativas o administrativas que tengan el mérito de afectarlos de manera directa. No de otra manera, puede garantizarse un verdadero pluralismo, si no es haciendo visibles a las minorías étnicas.

Por último en relación con el consentimiento previo, libre e informado, la Corte establece unos lineamientos en los que *prima facie* deben protegerse los derechos de las minorías culturales ante políticas desarrollistas. Así, frente a los dos extremos que pueden resultar, consulta veto y consulta mera información, para el Tribunal Constitucional el criterio que permite su conciliación depende del grado de afectación de la comunidad, “eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades”, de tal suerte que “la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma.”

En este contexto, precisó la Corte que la intervención de los pueblos indígenas y tribales, no solo debe tener lugar en la etapa previa, sino también durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo, para lo cual la consulta inicial deberá precisar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo. Aunado a lo anterior, no es posible determinar un único tiempo para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, debido a que una homogeneización de estos procesos lleva a desconocer el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas.

En este punto, fue categórica al indicar que “no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser.” Tal es el caso, de los eventos que (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma⁷⁵. En todo caso, de resultar demostrado que todas las alternativas son

⁷⁵ La Corte se apoyó en las recomendaciones contenidas en la declaración del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de la ONU, en el marco de la ley de consulta previa de los pueblos indígenas y originarios aprobada recientemente por el Congreso de la República del Perú. El 26 de mayo de 2010, el citado funcionario expresó: “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala dos ejemplos de situaciones en que el consentimiento es

perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de las comunidades étnicas bajo el principio *pro homine*.

También, consideró que el deber de consentimiento previo, libre e informado, no solo es aplicable para los planes de desarrollo o de inversión a gran escala, sino que en general se extiende a todo tipo de medidas, entiéndase administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que sea susceptible de afectar directamente territorios indígenas o étnicos, de tal manera que deberá agotarse “no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas.”

Por último, además de la consulta previa y el consentimiento, la Corte con fundamento en los artículos 15 del Convenio 169 de la OIT y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concluyó que no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y los concesionarios de planes de infraestructura o desarrollo, sino que es necesario garantizar la participación y compartir en forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que sea directamente afectada⁷⁶.

Al margen de lo anterior, esta decisión adquiere una connotada importancia, en la medida en que con fundamento en los componentes de la reparación integral, dispuso como medida simbólica de reparación y satisfacción, acogiendo para tal efecto la metodología de la Corte IDH en el *caso Saramaka v. Surinam*⁷⁷, la traducción de las partes más relevantes de la sentencia a la lengua Embera. De igual forma, con el fin de consolidar a nivel normativo y real los derechos de las comunidades étnicas que habitan en Colombia, exhortó al Congreso de la República y a la Presidencia de la República, para que regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado.

exigible mas allá de ser un objetivo de la consulta: el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos.”

⁷⁶ Al hacer referencia a este punto, la Corte alude a mi juicio de manera absoluta, al deber de obtener el consentimiento libre, previo e informado cuando se trata de macroproyectos. Al respecto, indicó: “no sólo se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino en efecto garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de forma equitativa.” Igual se puede leer en el siguiente párrafo: “[L]a intervención del Estado o concesionarios del mismo en territorios de comunidades étnicas debe estar irradiada desde la etapa de planificación o proyección de todo proyecto, obra o actividad no sólo del derecho fundamental a la consulta previa, sino que existe la obligación de estar enfocada en conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos étnicos. Sumado a ello, es preciso insistir en el derecho de compartir los beneficios derivados de los proyectos y obras que impliquen intervención.” (Las subrayas y negrillas son agregadas).

⁷⁷ Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

En relación con la obligatoriedad de la consulta previa en los proyectos de ley estatutaria, el Tribunal Constitucional en sentencia C-490 de 2011 reorientó la postura restrictiva indicada en la sentencia C-169 de 2001 *supra*, al declarar la inexecutable de una disposición contenida en la iniciativa legislativa que adoptaba reglas de organización y funcionamiento de los partidos políticos y de los procesos electorales, que específicamente hacía referencia a la participación democrática de las comunidades étnicas, por haberse pretermitido el requisito de la consulta previa.

Así mismo, la Corte ha imposibilitado la creación de formas de asociación propias de la cultura occidental dentro de los resguardos indígenas, sin haber sido agotado el proceso de consulta previa. Así ocurrió en la sentencia T-601 de 2011 (caso Embera Chamí de San Lorenzo)⁷⁸, en el que una autoridad municipal promovió y apoyó la conformación de juntas de acción comunal dentro del territorio del resguardo indígena de la comunidad sin su consentimiento, concluyendo en línea de principio que la posibilidad de autorizar la constitución de este tipo de formas de asociación dentro de sus territorios, exige el deber de consulta previa. Esta orientación jurisprudencial fue reiterada en la sentencia T-513 de 2012 (caso Nasa), en la que la Corte destacó que “dicha decisión debe ser fruto de i) un acto que haya surgido de un proceso en el que la consulta previa a la comunidad haya sido uno de sus pasos; o ii) un proceso de concertación entre quienes quieren constituir la junta de acción comunal y la comunidad indígena; o iii) la decisión autónoma de las autoridades tradicionales que gobiernan dicha comunidad de autorizar la creación de estos organismos de gestión comunal.”

Lo dicho hasta acá, muestra que uno de los temas en los que la jurisprudencia constitucional ha presentado un constante zigzag, es el relacionado con la necesidad de que además de la consulta, se obtenga el consentimiento previo, libre e informado, lo cual puede ser entendido como una forma de veto a favor de los diferentes grupos étnicos que habitan en Colombia. Por ello en sentencia T-693 de 2011 (caso Achagua), en el que la construcción de un oleoducto había afectado parte del territorio ancestral del pueblo indígena Achagua, la Corte concluyó que se trata de un criterio contenido en el Convenio 169 de la OIT que refuerza los procesos de concertación con las comunidades indígenas y tribales, “sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.” Además, en la misma línea de la reparación integral señalada en precedencia, la sentencia ordenó que se lleve a cabo un proceso de consulta previa con la respectiva comunidad, a fin de establecer medidas de compensación cultural⁷⁹.

⁷⁸ Esta decisión nuevamente se apoya en el SIDH, concretamente en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre la situación de los derechos humanos en Brasil presentado el 29 de septiembre de 1997 y el caso *YATAMA v. Nicaragua* decidido por la Corte IDH de 23 de junio de 2005.

⁷⁹ En esta decisión, la Corte también precisó el contenido del territorio para los pueblos indígenas, el cual ha girado primordialmente en torno a la figura del resguardo. De esta manera, con apoyo en el derecho internacional de los derechos humanos, consideró que el derecho al territorio comprende (i) el derecho a la constitución de resguardos en territorios que las comunidades indígenas han ocupado tradicionalmente; (ii) el derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos; (iii) el derecho a disponer y administrar sus territorios; (iv) el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio; y (v) el derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica.

Las sentencias C-196, C-317 y C-331, todas de 2012⁸⁰, finalizan este ciclo, en las que a mi juicio se efectúa un escrutinio flexible a algunas medidas legislativas, en relación con el deber de consulta previa, abriéndose de esta manera una inmensa puerta para que en el futuro medidas del mismo tipo que afecten directamente a las comunidades étnicas, omitan un deber del Estado establecido no solo en la Constitución, sino también en instrumentos internacionales.

En la primera, la Corte efectuó la revisión constitucional del Convenio Internacional de Maderas Tropicales (2006) y declaró su constitucionalidad con la precisión de que el Presidente de la República “al manifestar el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por este tratado mediante el depósito del instrumento de ratificación, deberá formular la siguiente declaración interpretativa: ‘El Estado de Colombia en consonancia con las disposiciones de la Constitución Política y de sus obligaciones bajo el derecho internacional de los derechos humanos, manifiesta que cuando en desarrollo del presente convenio, se adopten medidas legislativas, administrativas, acciones, planes, programas, proyectos u otras tareas emprendidas en el marco de la Organización Internacional de las Maderas Tropicales que puedan afectar directamente a una o más comunidades indígenas o afrocolombianas, se deberá cumplir plenamente con el derecho a la consulta previa.’”

La segunda realizó el estudio de la reforma constitucional que modificó el sistema general de regalías, concluyendo que no es una medida legislativa que en sí misma conlleve una afectación directa, específica y particular de los pueblos nativos y que es la ley de desarrollo la que está condicionada al cumplimiento del requisito de la consulta previa, en tanto “para la Corte es claro que los pueblos indígenas y tribales resultarán directa y específicamente afectados por el régimen de las regalías.”

La tercera estudio una disposición del Plan Nacional de Desarrollo para la vigencia 2010-2014, que alude al control a la explotación ilícita de minerales, concluye que dicha previsión no es susceptible de afectar directamente los intereses de los pueblos nativos, por tratarse de una medida “que no tiene relación directa con la explotación de recursos mineros en los territorios de las comunidades étnicas a través de métodos tradicionales, en cuanto no se está prohibiendo el desarrollo de actividades de minería tradicional.”

Así las cosas, quedan presentados los diferentes escenarios constitucionales en los que la Corte ha abordado el derecho a la consulta previa, los cuales permitirán construir la línea jurisprudencial sobre la materia, a fin de determinar cuál es el balance constitucional actualmente vigente.

3. Fundamentos teóricos de la consulta desde la doctrina

DANIEL BONILLA MALDONADO explica igualmente la evolución de la jurisprudencia de la Corte en tres momentos. Empero, alude a las bases filosóficas de cada uno de ellos de la siguiente manera. Considera que la consulta previa puede ser justificada a partir de tres modelos: el

⁸⁰ No hago referencia a la sentencia C-641 de 2012, por tratarse de una decisión recién proferida por la Corte, respecto de la cual solamente se cuenta con el comunicado de prensa.

monístico multicultural liberal; el monístico procedimental liberal; y el pluralístico multicultural liberal⁸¹.

El monístico multicultural liberal representa las dos primeras etapas y se caracteriza por entender que la consulta previa es una institución legal que obliga al diálogo entre dos partes que comparten intereses y que se afectan la una a la otra, de tal manera que la garantía de la igualdad está expresada en una serie de criterios formales normativos que limitan las acciones de las partes en tanto supone la ausencia de coerción. Así mismo, se encuentra tiene como bases los derechos a la autonomía, la integridad cultural y la propiedad y distingue entre la consulta y el consentimiento, lo cual se manifiesta en la imposibilidad de que exista el derecho al veto para las minorías culturales. Con todo, las autoridades étnicas están subordinadas a las autoridades nacionales que concentran el poder político y la autoridad de hacer la ley. Sus debilidades son: (i) no garantiza la igualdad entre las partes, en la medida en que existe una parte dominante y otra débil; (ii) no incorpora una herramienta que permita superar las diferencias que puedan presentarse; (iii) el diálogo que se produce como consecuencia de la consulta, no es horizontal; (iv) la imposibilidad de que no se alcance un acuerdo pasa a ser secundario, en tanto el Estado puede imponer la medida sin autoritarismo, arbitrariedad y debe ser proporcional.

El monístico procedimental liberal, es similar al anterior aunque plantea algunas sutiles diferencias. La primera que conecta el derecho a la consulta con el derecho la propiedad y a la privacidad manifestado en la cultura. La diferencia que muestra BONILLA MALDONADO es que privatiza la cultura y oculta la dimensión colectiva de la consulta previa, e ignora los lazos cercanos que existen entre la consulta y la autonomía.

El pluralístico multicultural liberal se diferencia de los dos anteriores en que el derecho a la consulta previa incluye el poder de veto a favor de los grupos étnicos, siempre que la decisión comprometa su existencia o imponga una carga insostenible para las minorías culturales, lo cual genera un equilibrio notable entre las partes. Es un modelo que acepta que las minorías culturales son usualmente política y económicamente más débiles que los gobiernos y las compañías privadas y ubica el principio de autonomía, en los supuestos indicados, de manera prevalente sobre el principio de unidad política. En definitiva, sus bases teóricas son la igualdad intercultural y la justicia correctiva, lo que conlleva que la consulta permita a las minorías decidir de forma independiente qué clase de relación quieren tener con la cultura mayoritaria, así como la intensidad de esa relación.

4. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con el derecho a la consulta previa

La garantía del principio de igualdad material y no discriminación, conlleva la protección de las minorías culturales en Colombia, manifestada en dos dimensiones. Una externa en la que es el Estado el que debe recabar las medidas que sean del caso a fin de garantizar una igualdad como

⁸¹ *Self-government and Cultural Identity: The Colombian Constitutional Court and the Right of Cultural Minorities to Prior Consultation*. In: Daniel Bonilla (ed), *Constitutionalism of the Global South. The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013.

diferenciación, y una interna, en la que son directamente las comunidades quienes deciden acerca de sus propias prioridades, incluido su modelo de desarrollo, a partir de sus valores, creencias, usos y costumbres. La confluencia de las dos y la búsqueda de un equilibrio constitucionalmente adecuado, explica la necesaria interacción que debe existir entre el Estado y la sociedad, equilibrio que en abstracto no se torna complejo, pero que en escenarios específicos como sería la consulta previa de medidas administrativas y/o legislativas, resultan problemáticos, no solo en la esfera política sino también en la escena judicial. De allí que la participación real se constituya en una valiosa herramienta para garantizar la inclusión del otro, entiéndase los pueblos étnicos como la parte débil de la relación.

En el contexto de la Constitución de 1991, las comunidades étnicas cuentan con los mismos escenarios o mecanismos de participación de la sociedad dominante. Sin embargo, uno que resulta exclusivo y excluyente es el la consulta previa, el cual está encaminado a la preservación de los pueblos, a su libre determinación, a la identidad étnica y cultural y a su relación espiritual y cosmogónica con el territorio que ocupan o les pertenece, y respecto del cual ha considerado la Corte es un derecho fundamental cuya titularidad le pertenece a los pueblos indígenas y tribales como sujetos colectivos, última denominación que incluye a la comunidad afrocolombiana (raizales y palenqueros) y los gitanos⁸².

De igual manera, la Corte efectuando una interpretación sistemática de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, ha considerado que el deber de consulta previa recae sobre las medidas administrativas (proyectos de desarrollo, licencias ambientales, contratos de concesión, actividades extractivas, prestación del servicio de educación y erradicación de cultivos ilícitos, entre otros), o legislativas (leyes en sentido formal y material, reglamentos autónomos y actos legislativos), que sean susceptibles de *afectar directamente* a esas comunidades y no aquellas que han sido previstas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Otro supuesto en el que ha encontrado aplicable la consulta previa, es cuando se presentan diferencias o controversias dentro de las comunidades.

Como medios de control, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto en relación con medidas administrativas que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para que las comunidades étnicas reclamen la exigibilidad de su derecho a la consulta previa, mientras que en lo atinente a las medidas de tipo legislativo puede efectuarse a través de las diferentes vías previstas en la Constitución y que sean de competencia de la Corte Constitucional, donde se incluye el control por vía de acción y automático.

En cuanto al procedimiento a partir de cual debe llevarse a cabo la consulta, que puede contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, si así lo solicitan los pueblos, la Corte ha dicho que debe adelantarse sobre la base de relaciones de comunicación efectiva, constructiva, de manera apropiada y debe basarse en los principios de buena fe y respeto mutuo. Sin embargo, al no estar regulado el procedimiento en la Constitución, el

⁸² Seguramente desde el punto de vista teórico puede plantearse una discusión frente a la fundamentalidad de la consulta previa. No obstante, la marginación de la que han sido objeto los pueblos étnicos y la circunstancia de que el único mecanismo eficaz e idóneo para alcanzar la efectividad de esta garantía sería la acción de tutela, llevó a la Corte a otorgarle este estatus. Muchas veces los purismos teóricos deben adaptarse a las realidades de cada sociedad.

Convenio 169 de la OIT, ni la ley, deberá efectuarse con flexibilidad y atendiendo las particularidades de cada comunidad, sin que sea posible someterlo a un límite temporal único, pues una homogeneización de estos procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las comunidades étnicas. De igual manera, no son admisibles posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa, en la medida en que debe ser entendido como un diálogo entre iguales, en el que el respeto por la diferencia se constituye en un parámetro rector, además que debe ser entendido como la oportunidad propicia para que el Estado en su papel de garante, considere y valore las posiciones de los pueblos étnicos, a fin de que se alcance en la medida de lo posible un acuerdo. En consecuencia, la finalidad de la consulta es lograr que las comunidades indígenas y tribales, tengan pleno conocimiento sobre las medidas que les conciernen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridas para ponerlas en ejecución y que estén suficientemente enteradas e ilustradas sobre la manera en que dichas medidas pueden provocar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política. Al respecto, ha destacado la Corte que en relación con aquellas medidas que se refieren a la exploración y explotación de recursos naturales dentro de sus territorios, debe tenerse en consideración el sustrato para la subsistencia como grupo humano con características singulares, al punto que de haberse configurado un daño consumado es posible acudir a los componentes de la *restitutio in integrum*. De la misma manera, que tengan la oportunidad de valorar de manera libre, consciente y sin ningún tipo de interferencia, convocando a sus integrantes o representantes, las ventajas y desventajas de la medida sobre la comunidad y sus miembros, es decir, que la comunidad sea oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente en lo que concierna a la defensa de sus intereses y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Realmente de lo que se trata es de garantizar una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad del Estado, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada. Por ello, la mera información o notificación realizada a las comunidades étnicas, como sería el caso de reuniones de divulgación de un proyecto en el que no existe asomo de oportunidad para que las autoridades representativas se pronuncien, no tienen valor de consulta previa. Finalmente, ha considerado la Corte que la intervención de esos pueblos no se reduce a la consulta previa, sino que también debe tener lugar, durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo, para lo cual la consulta inicial deberá precisar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo.

Por ello ha dicho la Corte, es necesario que se garantice un proceso de *pre consulta* a fin de que se determinen claramente esos procedimientos, condiciones y en general las reglas de juego a las que estará sometida la consulta previa, el cual deberá realizarse de común acuerdo con las comunidades, respetando sus métodos o prácticas para la toma de decisiones, escenario que adicionalmente permitirá identificar las instancias estatales y las autoridades representativas de dichos pueblos, con el fin de socializar la medida. Este escenario es ideal para que el Estado propicie un ambiente de confianza, teniendo en cuenta que las minorías culturales históricamente desconfían de las instituciones.

No alcanzar un acuerdo o concertación, en modo alguno supone la existencia de un veto a favor de la comunidad. En este supuesto, le corresponde al Estado adoptar la correspondiente decisión, la cual deberá estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo, se fundará en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de las comunidades indígenas y tribales y contemplará instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural. En cualquier caso, se deben garantizar los

mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que produzca la decisión de la autoridad o que puedan generar detrimento de la comunidad o de sus miembros. Del mismo modo, deberá evaluarse la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que causan las medidas, con el objeto de implementar al programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio, lo cual no autoriza a las autoridades del Estado para decidir sobre las prioridades de los pueblos en su proceso de desarrollo, por tratarse de un derecho del que son titulares exclusivamente los pueblos étnicos.

Específicamente en lo que tiene que ver con medidas legislativas (leyes o actos legislativos), ha dispuesto la jurisprudencia constitucional que la consulta previa es un requisito de naturaleza formal, o lo que es lo mismo un presupuesto que determina la validez que debe agregarse a los previstos en la Constitución (art. 157), siempre y cuando sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades culturales. De igual modo, la ausencia de acuerdo o concertación en la consulta previa, no debe entenderse como un veto para presentar la iniciativa legislativa. De esta manera, debe entenderse que la consulta previa debe tener lugar antes de la presentación de la iniciativa y que la realización de audiencias públicas que se realicen en el proceso de formación, no deben entenderse como una forma de agotar dicho requisito, que de no llevarse a cabo en esa oportunidad, deberá entenderse que se ha configurado un vicio en el trámite legislativo que no es susceptible de subsanar. Sin embargo, cuando se trata de leyes aprobatorias de tratados internacionales de naturaleza bilateral, la consulta debe realizarse por parte del Presidente de la República, antes de que sea presentado el proyecto de ley que contiene el instrumento internacional ante el Congreso de la República, mientras que si se trata de un instrumento de naturaleza multilateral, existen dos momentos. El primero que es facultativo, cuando se construye la posición negociadora ante el respectivo foro internacional, mientras que el segundo que es obligatorio e inexcusable, con posterioridad a la suscripción del acuerdo, pero en todo caso deberá realizarse una vez que el tratado esté aprobado, es decir, antes de que se presente la iniciativa normativa.

Dentro de tal contexto, la omisión de la consulta previa en relación con medidas legislativas, puede derivar en diversas consecuencias jurídicas. La primera, que la legislación objeto de estudio sea declarada inconstitucional, o lo que es lo mismo, que sea expulsada del ordenamiento jurídico. La segunda, que al presentarse una omisión legislativa relativa que claramente afecte de manera directa a los pueblos indígenas y tribales, se resuelva excluyendo a tales comunidades del ámbito de aplicación de esa ley, o que en virtud del principio de conservación del derecho, el marco normativo se declare exequible, adoptando las medidas que resulten necesarias para subsanar dicha omisión, para lo cual deberá tenerse en cuenta (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de sus partes; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables del resto de la misma; (iv) las decisiones u omisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

Además de la consulta previa respecto de cualquier medida legislativa o administrativa, debe procurarse la obtención del consentimiento libre, previo e informado, lo cual no debe entenderse como un poder de veto en caso de que el Estado no lo alcance. Sin embargo, *prima facie* debe privilegiarse los derechos de los pueblos indígenas y tribales ante políticas desarrollistas, respecto de la cuales deberán participar siempre que sea posible, de los beneficios que reporte la explotación de recursos naturales en sus territorios y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. También en relación con los proyectos a gran escala (macroproyectos), su realización debe procurarse en parte del territorio

nacional que no esté habitado por pueblos indígenas y tribales, los cuales en todo caso, deberán obedecer a un desarrollo sostenible, y en el evento que tengan lugar dentro del territorio de esas comunidades, deberá optar por una postura intermedia, en la que se garantice de manera efectiva y real el derecho a la consulta previa, con el fin de entablar un diálogo intercultural en el que se incluyan las diferentes visiones. En la misma línea, aquellos eventos que (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de sustancias tóxicas en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma, requieren el consentimiento previo, libre e informado de la respectiva comunidad, al punto de que en caso de que las alternativas planteadas sean inconvenientes y lleven al desaparecimiento de las comunidades indígenas o tribales, prevalecerá la protección de las comunidades étnicas con fundamento en el principio de interpretación *pro homine*.

Para concluir, en el contexto del conflicto armado interno que padece Colombia, la Corte ha precisado que los programas de salvaguarda étnica que pretendan diseñarse e implementarse para prevenir el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, afrodescendientes y gitanos, requieren el agotamiento del deber de consulta previa.

5. Análisis valorativo y crítico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Los procesos de construcción jurisprudencial son obras inacabadas, razón por la cual deben ser entendidos como una cadena argumental en la que cada eslabón va precisando de mejor manera los contenidos de un tema específico (es lo deseable). Por supuesto, esa lógica es aplicable a temas tan sensibles como los derechos humanos, donde lo que se espera es que el juez tenga una importante vocación humanista con el objeto de superar esas odiosas exclusiones que tradicionalmente se han hecho presentes para los más desvalidos. En este contexto, puede afirmarse sin lugar a equívocos, que la jurisprudencia de la Corte en materia de consulta previa para los pueblos indígenas y tribales, es una de las más progresistas, evolutivas y garantistas de América Latina, gesta que se ha apoyado en el carácter incluyente y pluralista proclamado desde la Constitución y en la que ha sido fundamental la permanente remisión al derecho internacional de los derechos humanos, específicamente el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas y algunas decisiones del SIDH.

Son más los aciertos que los desaciertos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siendo los últimos, asuntos sujetos a verificación y precisión en el futuro, donde se espera igualmente el importante aporte de la doctrina.

En primer lugar, otorgarle el estatus de derecho fundamental a la consulta previa, en tanto manifestación del derecho de participación, tiene como principal implicación que se trata de una garantía que goza de una protección reforzada. De igual manera, esta característica implica que la consulta previa no debe ser entendida como un simple formalismo que puede ser superado de cualquier manera, sino que se hace necesario el cumplimiento preciso de una serie de condiciones o presupuestos, sin los cuales no es posible entender surtido el proceso. Es por ello, que no tienen cabida las posturas adversariales, en tanto lo que se busca es que realmente exista un diálogo

intercultural, donde el Estado sobre la base de la buena fe, asuma una posición de garante y no de opresor, más aún, cuando las comunidades étnicas son potencialmente vulnerables.

De otra parte, aunque en las dos primeras fases jurisprudenciales el Tribunal Constitucional fue impreciso en el entendimiento del criterio de *flexibilidad* que debe orientar el proceso de consulta previa, en tanto no puede haber términos previamente establecidos o arbitrarios para que se lleve a cabo, en la última fase ha sido consistente en indicar que el deber de consultar no puede tener límites temporales unívocos, debido a que las necesidades, usos, costumbres y valores de cada comunidad son distintos.

En tercer término, el acogimiento juicioso de los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, han permitido exigir el deber de consulta previa tanto para medidas administrativas, como para aquellas de índole legislativa, donde ha incluido las reformas constitucionales efectuadas por el Congreso como órgano constituido. Sin embargo, la práctica judicial ha mostrado que caso por caso, deberá identificarse si se trata de una medida que requiera el agotamiento de dicho requisito, escrutinio que en algunos casos no ha sido el más afortunado, como ocurrió en la sentencia C-461 de 2008, en la que fue declarado constitucional el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, pero suspendiendo la ejecución de los proyectos o programas que afectaran directamente los pueblos étnicos, hasta tanto se llevara a cabo la consulta previa, decisión que claramente desconoce el estándar consistente en que la consulta debe ser *previa*, tal como lo prevé el Convenio 169 de la OIT y ha sido precisado por Naciones Unidas⁸³.

De otra parte, la sentencia C-196 de 2012, se puede ver como una involución en esa construcción jurisprudencial, al declarar la exequibilidad condicionada del Convenio Internacional de Maderas Tropicales (2006)⁸⁴, instrumento internacional que al interpretarse sistemáticamente, permite concluir sin duda, que produce una *afectación directa* a los pueblos indígenas y tribales y respecto del cual el Estado colombiano pretermitió la consulta previa. Al respecto, valga indicar que los objetivos del Convenio “son promover la expansión y diversificación del comercio internacional de maderas tropicales de bosques ordenados de forma sostenible y aprovechados legalmente y promover la ordenación sostenible de los bosques productores de maderas tropicales” (art. 1°), donde ciertamente se incluyen los territorios de esas comunidades étnicas⁸⁵. Lo mismo debe indicarse de la sentencia C-317 de 2012, en la que fue revisada la reforma constitucional que modificó el régimen de regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, decisión en la que consideró que se trataba de una normatividad que tan solo establece las bases constitucionales generales del sistema, y que en sí misma, no afecta directamente a las poblaciones indígenas y tribales, correspondiéndole a la ley de desarrollo garantizar la participación previa de los pueblos indígenas y tribales, por tratarse de un tema que en ese contexto sí los afecta de manera directa. Desde la teoría del derecho, esta decisión goza de justificación interna, pues la Corte

⁸³ Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe presentado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, del 24 de abril de 2009.

⁸⁴ Aprobado mediante ley 1458 de 2011.

⁸⁵ La decisión contó con tres salvamentos de voto o disidencias. Para el magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, afirmó que “sí se afecta directamente a las comunidades indígenas y/o afrodescendientes, por cuanto a través de este instrumento internacional Colombia adopta una política general en materia de explotación de maderas tropicales, que se sitúa en su gran mayoría en áreas geográficas donde dichas comunidades residen, lo que a su vez repercute sobre su forma de vida y la relación estrecha que mantienen con la naturaleza.”

expresamente considera que es una medida que afecta directamente a esas comunidades, al indicar que “dadas las implicaciones manifestadas que el diseño mismo del sistema de regalías puede tener sobre la integridad de los territorios étnicos del país, es claro que los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes experimentarán un impacto directo, diferencial, particular y específico derivado de las normas que configuran el régimen de regalías.” No obstante de un solo tajo, concluye que la reforma constitucional “no consagra una regulación constitucional integral del sistema de regalías, sino que por el contrario, únicamente sienta las bases constitucionales generales del sistema, y remite por mandato expreso del nuevo inciso 2° del artículo 360 Superior a una ley de desarrollo en la cual se habrá de consagrar, con todo su detalle, el régimen legal de las regalías en Colombia”, adoleciendo de esta manera de justificación externa⁸⁶, generándose un precedente inconveniente y poco beneficioso para las decisiones en las que se revisen otras medidas de este tipo⁸⁷. Otro tanto ocurre con la sentencia C-331 de 2012, en la que la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, que alude al control a la explotación ilícita de recursos naturales, que a mi juicio, claramente plantea un notable retroceso en lo que hace referencia con el deber de consulta previa en materia de recursos naturales, específicamente actividades de minería, expresamente consagrado en los artículos 330 de la Constitución y 6° del Convenio 169 de la OIT, pues más allá de que pueda ser vista como una disposición que busca proteger los territorios ancestrales de la minería ilegal, es claro que la exigencia de la consulta debe realizarse tanto en su dimensión positiva como en la negativa. Significa lo anterior, que la aparente bondad de la medida no se constituye en un argumento constitucionalmente suficiente, para considerar que es innecesario consultarles previamente, pues ello sería tanto como vaciar de contenido el citado marco jurídico. Estará entonces por verse si la Corte en el futuro, continúa morigerando esa importante línea garantista en materia de consulta previa respecto de medidas legislativas, lo cual sería lamentable en un Estado que frente a este tipo de temas tan sensibles, adolece de voluntad política.

En cuarto lugar, otro desacierto que puede advertirse en la jurisprudencia de la Corte, que puede ser visto como un garantismo falaz respecto del derecho a la consulta previa, tiene que ver con la declaratoria de inexecutable del Código de Minas⁸⁸, decisión en la que difirió los efectos por dos años hasta tanto el legislador reglamente la materia. Se trata de una sentencia paradójica, en tanto puede verse como sensata desde el punto de vista constitucional, aunque en la práctica permite continuar aplicando disposiciones jurídicas que no fueron consultadas con los pueblos étnicos, lo cual no es más que una contradicción insuperable.

Igualmente en esa zona de penumbra, se encuentra el deber de consulta previa respecto de los decretos legislativos, o aquellos expedidos durante los estados de excepción que igualmente fueron incluidos dentro de las medidas legislativas en la sentencia C-702 de 2010, lo cual sugiere

⁸⁶ Para J. J. MORESO y J. M. VILAJOSANA, “[m]ientras que la justificación interna se refiere a la validez lógica que une las premisas con la conclusión de un argumento, la justificación externa consiste en controlar la adecuación o solidez de sus premisas”. *Introducción a la teoría...*, op. cit., p. 178.

⁸⁷ La decisión contó con dos salvamentos de voto o disidencias, en relación con la falta de consulta previa. El magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sobre el particular indicó que “era forzoso concluir que el Acto Legislativo 05 de 2011 debía ser materia de consulta previa. Sin embargo, la mayoría llegó a una conclusión diferente, esta es que en tanto el Acto Legislativo no consagra una regulación constitucional integral del sistema de regalías, sino que por el contrario, únicamente sienta las bases constitucionales generales del sistema, la reforma constitucional no debía ser consultada, pero sí la ley que la desarrolle. Me aparto de esta conclusión porque el Acto Legislativo sí establece las regulaciones principales del nuevo régimen de regalías y no es cierto que las delegue a la ley.”

⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-366 de 2011.

que en el futuro el Presidente de la República no podría acudir a cualquiera de los estados de excepción sin agotar la consulta previa, cuando encuentre que puede afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, alcance claramente inconveniente desde el punto de vista constitucional. Será otro tema revisable por la jurisprudencia de la Corte, en el que una interpretación constitucionalmente adecuada en este supuesto sugiere que en abstracto goza de una dimensión de peso mayor la conservación del orden público, lo cual no es óbice para que la Corte al momento de efectuar el control de constitucionalidad de los actos pueda declararlos inexecutable, ya sea porque no existía un hecho sobreviniente (decreto declaratorio), o porque sencillamente, las medidas adoptadas al amparo del estado de excepción no eran necesarias ni proporcionales.

Para terminar, un tema que está por desarrollarse es el relativo al consentimiento previo, libre e informado, en el que la jurisprudencia de la Corte no ha sido del todo consistente. Inicialmente, porque en la sentencia T-769 de 2009, la Corte sin decirlo expresamente dejó la sensación que tratándose de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan lugar dentro de los territorios colectivos, el consentimiento constituye un poder de veto. No obstante, poco tiempo después la sentencia T-547 de 2010, en un intento de reorientación jurisprudencial, destacó que no hay poder de veto, pero a renglón seguido precisó que tampoco debe entenderse como una autorización en blanco para impulsar proyectos que puedan afectar directamente a las comunidades, quedando aún más incierta y sombría la jurisprudencia sobre este particular. Posteriormente, en sentencia T-129 de 2011, la Corte optó por privilegiar *prima facie* los derechos de los pueblos étnicos sobre las políticas desarrollistas, lo cual en últimas puede ser entendido como un veto encubierto. Así mismo, una objeción que podría plantearse a esta decisión, es que extendió el deber del consentimiento libre, previo e informado a todo tipo de medida, lo cual puede resultar inconveniente en tanto le estaría otorgando carácter absoluto. Finalmente, la Corte en la sentencia T-693 de 2011, sin efectuar mayores consideraciones, concluyó de un solo plumazo que el consentimiento libre, previo e informado, no comporta la existencia de un veto. Como puede verse, se trata de un tema difícil que requiere mayor discusión académica, teniendo en cuenta que dentro de las políticas estatales la principal apuesta al modelo de desarrollo se reconduce a la exploración y explotación de recursos naturales y a la construcción de proyectos a gran escala, olvidando que se trata de políticas que deben ser sostenibles ambientalmente y que no pueden desconocer los derechos de las minorías culturales. Sólo a partir de su inclusión es posible construir un verdadero Estado multicultural.

Capítulo 3

LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es revisar la totalidad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁸⁹, en relación con el derecho a la consulta previa, libre e informada y extraer de ellas las reglas de derecho que ha establecido para garantizar su efectividad. De igual modo, hará referencia al alcance que ha fijado al consentimiento previo, libre e informado, tema sobre el que además se efectuarán algunas consideraciones relativas a su carácter de derecho fundamental y a su poder de veto.

I. LA CORTE IDH, SU IMPORTANCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU INTERRELACIÓN CON EL DERECHO INTERNO COLOMBIANO

Aun cuando el germen del SIDH se encuentra en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹⁰ y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁹¹,

⁸⁹ Una buena sistematización de los estándares internacionales del derecho a la consulta previa, puede encontrarse en C. RODRÍGUEZ GARAVITO, M. MORRIS, N. ORDUZ SALINAS y P. BURITICÁ, *La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

⁹⁰ La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-18/89, sostuvo que “para los Estados la Declaración americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la organización, una fuente de

es con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, que es creada la Corte IDH con el fin de conocer de asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de ese instrumento internacional⁹². Su instalación solamente tuvo lugar el 3 de septiembre de 1979, luego de la entrada en vigor de la CADH.

Se trata de una institución judicial autónoma y no permanente, que tiene concretamente dos funciones: (i) jurisdiccional o contenciosa, en la que sólo los Estados partes en la Convención y la CIDH pueden someter un caso a su consideración. Esta potestad está sujeta a que los Estados hayan aceptado la competencia de la Corte, y en cualquier caso, debe agotar el trámite previsto en la CADH ante la CIDH, lo cual se traduce en que ninguna petición puede pretermitir ese presupuesto (arts. 61 a 63 de la Convención); (ii) consultiva, a partir de la cual los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (art. 64 de la Convención).

El papel de la Corte en la reivindicación de los derechos humanos de sectores tradicionalmente marginados como los grupos étnicos, ha sido fundamental a fin de superar la invisibilización histórica de la que han sido objeto, al punto que su primera decisión fue dictada el 4 de diciembre de 1991 en el caso *Aloeboetoe y otros v. Surinam*, cuando en muchos países de las Américas aún la protección judicial de los derechos de esos pueblos era una quimera.

En cuando a las decisiones emanadas de la Corte, los Estados están obligados a cumplirlas en aquellos casos en que sean partes, lo cual significa que solamente tienen efectos *inter partes*. No obstante, esa sola consideración de orden estrictamente procesal no permite concluir que las sentencias dictadas por la Corte IDH deban ser vistas como un mero referente formal en el sistema de fuentes, pues de allí emerge buena parte del alcance y la interpretación de los derechos humanos consagrados en la CADH, precisando para el efecto los estándares internacionales que permiten determinar el mínimo que el derecho internacional de los derechos humanos impone para garantizar el goce efectivo de los derechos. En tal virtud, deben ser tenidas como una guía permanente para fijar el alcance y la interpretación de los ordenamientos internos, a partir de lo que la Corte IDH ha llamado el control de convencionalidad.

Así pues, el debido entendimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, exige que los Estados partes de la Convención acojan con buen juicio los lineamientos

obligaciones internacionales. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto.”

⁹¹ Suscritas el 30 de abril de 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá. Colombia ratificó la Carta de la OEA, el 13 de diciembre de 1951. En: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/cartaOEArat.asp (última visita el 6 de febrero de 2013).

⁹² Además de la Corte, es creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como órgano cuasijurisdiccional.

precisados por la Corte IDH, de tal manera que exista una debida correlación entre el derecho interno y el internacional. Por ello la importancia de efectuar un acercamiento a su jurisprudencia en relación con el derecho a la consulta previa, libre e informada del que son titulares los grupos étnicos.

II. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y ALCANCE FIJADO POR LA CORTE IDH

De manera general, puede indicarse que el citado organismo internacional, valiéndose de un criterio evolutivo en la interpretación del artículo 21 de la CADH⁹³, con fundamento en los artículos 29 del mismo instrumento internacional⁹⁴, y el 31 de la Convención de Viena, ha considerado en pocas, pero consistentes decisiones⁹⁵, que el debido entendimiento de la consulta previa sólo puede alcanzarse, siempre y cuando se efectúe en armonía con el derecho a la propiedad comunitaria, lo cual incluye el derecho a la exploración y extracción de los recursos naturales, como garantía de pervivencia, y a la identidad cultural⁹⁶.

En el caso de la *Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*⁹⁷, la Corte IDH, por primera vez, efectuó un acercamiento al derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos étnicos⁹⁸. En efecto, en aquella ocasión concluyó que la protección del derecho a la propiedad contemplado en la CADH, debe ser entendida en sentido amplio, esto es, incluyendo los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. Del

⁹³ La citada disposición establece: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley. La misma Corte IDH, apoyada en el caso *Ivcher Bronstein v. Perú*, define el vocablo “bienes”, como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona, lo cual comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.

⁹⁴ La Corte IDH ha destacado que los tratados de derechos humanos, son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y a las condiciones de vida actuales.

⁹⁵ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua; Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay; Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam; Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay; y Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador.

⁹⁶ En la sentencia del caso *Sarayaku v. Ecuador*, la Corte destacó que la garantía del derecho a la identidad cultural, bajo el principio de no discriminación, “es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas” (párr. 213).

⁹⁷ Sentencia del 31 de agosto de 2001 (párrs. 142 a 155).

⁹⁸ La demanda presentada por la CIDH, indicó que el estado nicaragüense vulneró los artículos 1° (obligación de respetar los derechos); 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno); 21 (derecho a la propiedad privada); y 25 (protección judicial), en razón a la falta de demarcación de la tierras comunales de la Comunidad Awas Tigni, de medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad.

mismo modo, destacó que entre ellos existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios, y la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. También como un aspecto fundamental, en lo que se refiere a la titulación de sus territorios, señaló como estándar que el reconocimiento oficial de dicha propiedad, debe ser declarativo y no constitutivo, en tanto con fundamento en la costumbre, es suficiente la posesión de la tierra para que las comunidades indígenas que carezcan de título real, sea reconocida y sometida a registro.

Posteriormente, en el caso de la *Comunidad Moiwana v. Surinam*⁹⁹, la Corte IDH extendió la protección del derecho a la propiedad comunitaria a los pueblos tribales, y reiteró los lineamientos expuestos frente a su reconocimiento oficial y registro, en razón de “los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades con su territorio ancestral”¹⁰⁰. De igual manera, precisó que la delimitación o determinación concreta del territorio que le pertenece a una comunidad en razón a su relación omnicompreensiva, está sujeta al deber de consulta previa.

A su turno, la sentencia que decidió el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*¹⁰¹, es relevante en la medida en que hace más comprehensiva la interpretación del derecho a la propiedad comunal¹⁰², apoyándose para el efecto en el Convenio 169 de la OIT, que en su sentir, hace parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, concretamente la cultura como forma de vida, de ser, ver y actuar en el mundo y su estrecha relación con los territorios tradicionales y los recursos naturales, así como los elementos incorporeales que se desprenden de ellos, “no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.”¹⁰³ De otra parte, señaló que la tensión que pueda presentarse entre el derecho a la propiedad privada y la propiedad comunitaria, como sería el caso de la expropiación de territorios privados para que sean reivindicados a un grupo étnico, debe ser decidida teniendo en consideración las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de esos derechos, esto es, (i) deben estar establecidas por ley; (ii) deben ser necesarias; (iii) deben ser

⁹⁹ Sentencia del 15 de junio de 2005 (párrs. 127 a 135).

¹⁰⁰ La CIDH presentó la demanda ante la Corte IDH, con el objeto de que decidiera si el Estado de Surinam violó los artículos 21 (derecho a la propiedad privada); 25 (protección judicial); 8 (garantías judiciales); y 1.1. (obligación de respetar los derechos), con ocasión de la operación militar en la aldea de la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana, lo que produjo el abandono forzado de sus tierras ancestrales.

¹⁰¹ Sentencia del 17 de junio de 2005 (párrs. 123 a 156).

¹⁰² La demanda de la CIDH fue presentada con el fin de que se declarara si el Paraguay violó los artículos 4 (derecho a la vida); 8 (garantías judiciales); 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial), de la Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua, debido a que el Estado omitió la garantía del derecho a la propiedad ancestral del que son titulares, ya que desde el año 1993 está en tramitación la solicitud de reivindicación territorial, sin que hubiera sido resuelto satisfactoriamente.

¹⁰³ Para la Corte IDH, la protección del artículo 21 de la CADH comprende la estrecha relación de los grupos étnicos con sus territorios tradicionales y los recursos naturales, ligados a su cultura así como a los elementos incorporeales que se desprendan de ellos.

proporcionales; y (iv) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática¹⁰⁴.

Para la Corte IDH, aunque los citados estándares deben ser aplicados caso por caso, *prima facie* debe privilegiarse el derecho a la propiedad comunitaria sobre la propiedad privada, por cuanto “los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.” Agregó, que el desconocimiento del derecho ancestral sobre sus territorios, puede afectar otros derechos básicos, como la identidad cultural y la supervivencia de los grupos étnicos. Empero, en caso de que los Estados se vean imposibilitados para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales, debe acudir a la compensación (tierras alternativas), teniendo como principal parámetro el significado que tiene la tierra para la respectiva comunidad, en los términos del artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT¹⁰⁵, siempre que sea consensuado con los pueblos interesados, conforme a sus procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario¹⁰⁶. En síntesis, la Corte IDH condensó la importancia del derecho a la propiedad de los pueblos étnicos, en los siguientes términos:

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.

Finalmente, para la Corte IDH el procedimiento de reivindicación de tierras debe ser compatible con el principio del plazo razonable, como elemento del debido proceso, y el cual está sujeto a cuatro elementos que son en últimas los que determinan la razonabilidad del plazo, a saber: (i) complejidad del asunto; (ii) conducta de las autoridades; (iii) actividad procesal del interesado; y (iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Este principio, está ligado a la necesidad de que los Estados provean a las comunidades étnicas recursos efectivos para la reivindicación de sus tierras tradicionales (judiciales o administrativos), pues de lo contrario sería colocarlos en estado de indefensión.

¹⁰⁴ En la sentencia de interpretación del 6 de febrero de 2006 (párr. 25), la Corte IDH sostuvo que “el hecho de que el territorio tradicional de la Comunidad se encuentre en manos privadas, no sería *per se* un motivo ‘objetivo y fundamentado’ que impida la reivindicación.”

¹⁰⁵ [C]uando el retorno no sea posible, (...) dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

¹⁰⁶ Este estándar se reiteró en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (párr. 135).

Los anotados lineamientos, fueron reiterados por la Corte IDH en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*¹⁰⁷, decisión en la que además precisó que la garantía del artículo 21 de la CADH¹⁰⁸, no solamente recae sobre la propiedad sino también en la posesión de tierras, figuras que en el contexto de las comunidades indígenas tienen una significación colectiva, en tanto se trata de nociones que no corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero que deben ser igualmente protegidas¹⁰⁹. Esta decisión sirvió para precisar con mayor detalle, las reglas aplicables a la posesión de tierras por parte de los grupos étnicos, a saber: (i) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; (ii) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; (iii) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y (iv) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho a recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. En cualquier caso, la posesión de la tierra no debe ser entendida como un presupuesto para acceder a su reconocimiento oficial y registro.

Otro aspecto sobre el que hizo precisión la Corte IDH, fue el relativo a la temporalidad para recuperar las tierras tradicionales, o dicho de otro modo, si la posibilidad se mantiene indefinidamente. Al respecto, destacó que la relación de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, hace parte de la base espiritual y material de su identidad, razón por la cual mientras exista, “el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá.”¹¹⁰ Adicionalmente, señaló que la relación con las tierras debe ser posible, así que frente a la imposibilidad material y razonable de llevar a cabo esas actividades tradicionales, como sería el caso de la violencia o amenazas en su contra, “se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.”

Finalmente, llamó la atención de que el reconocimiento formal del derecho a la propiedad comunitaria de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas, desconoce el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales, en tanto se constituye en un imperativo el deber estatal de delimitar físicamente y entregar los territorios que les pertenece, a fin de garantizar su uso y goce.

¹⁰⁷ Sentencia del 29 de marzo de 2006 (párrs. 116 a 144).

¹⁰⁸ La demanda de la CIDH, fue presentada con el fin de que se decidiera si el Paraguay vulneró los artículos 4° (derecho a la vida); 5° (derecho a la integridad personal); 21 (derecho a la propiedad privada); 8 (garantías judiciales), y 25 (protección judicial), en perjuicio de la Comunidad Sawhoyamaya, al no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral, ya que desde el año 1991 se encontraba en trámite la solicitud de reivindicación territorial, sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente.

¹⁰⁹ Al respecto indicó: “Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.” Cfr. párr. 120.

¹¹⁰ Esa relación, apuntó la Corte, puede expresarse de diferentes maneras, por lo que deberán atenderse las particularidades de cada comunidad en cuanto a usos, valores, costumbres y tradiciones.

El caso *Saramaka v. Surinam*¹¹¹, es representativo por tratarse de la primera decisión en la que la Corte IDH¹¹², aborda el derecho a la consulta previa, libre e informada en el contexto de la prospección y extracción de recursos naturales dentro del territorio que ocupan o les pertenece a los grupos étnicos, efectuando para el efecto, una simbiosis con el derecho a la propiedad comunitaria, lo cual le ha permitido fijar su alcance, teniendo en consideración la importancia que para ellos reviste la especial relación que existe con la tierra¹¹³. Así mismo, es una sentencia hito porque se fijan los únicos lineamientos existentes en relación con el consentimiento previo, libre e informado.

Esta sentencia se destaca por precisar con mayor detalle, el derecho que le asiste a los grupos étnicos de acceder y usar los recursos naturales que se encuentran en su territorio, lo cual es consecuencia del uso y ocupación de sus tierras tradicionales, pues de otra manera no es posible garantizar la subsistencia económica, social y cultural, y su desconocimiento puede conllevar su extinción. En palabras de la Corte IDH, “el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.” Carece entonces de sentido la garantía del derecho al territorio, si no está conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio, “que se han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.”

Así mismo, precisó que una debida interpretación del artículo 21 de la CADH, no hace posible concluir que debe impedirse cualquier tipo de concesión por parte del Estado, para la exploración y explotación de los recursos naturales que se hallan dentro del territorio, es decir, parte de un criterio no absoluto del derecho a la propiedad, reiterando para el efecto las pautas señaladas en el caso *Yakye Axa v. Paraguay*, que permiten definir si la restricción al uso y goce de su ejercicio es legítima. Sin embargo, la Corte agregó que la verificación de la restricción, debe tener en consideración que no implique una denegación de las tradiciones y costumbres de forma que comprometa la existencia de la comunidad étnica, a fin de que sea legítima.

De esta manera, con el fin de garantizar que esas restricciones respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro del territorio de los pueblos étnicos, no representen una denegación de su subsistencia, la Corte IDH precisó que los Estados deben asegurar (i) la participación efectiva de acuerdo con sus usos y costumbres, en relación con todo plan de

¹¹¹ Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

¹¹² La demanda de la CIDH fue presentada a fin de establecer si el Estado Surinamés no había adoptado medidas efectivas para reconocer el derecho al uso y goce del territorio que ha ocupado y usado tradicionalmente el pueblo Saramaka; había violado el derecho a la protección judicial al no brindarle acceso efectivo a la justicia para acceder al derecho a la propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar sus derechos fundamentales.

¹¹³ Así mismo, la Corte IDH protegió el derecho a la personalidad jurídica de la comunidad Saramaka como colectividad. A su juicio, ese reconocimiento le permitirá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal. Concretamente sostuvo “que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.”

desarrollo, inversión, exploración o extracción (plan de desarrollo o inversión)¹¹⁴; (ii) que el pueblo se beneficie razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; (iii) que se realice un estudio previo de impacto social y ambiental.

La garantía de la participación tiene su expresión en el deber de consultar que recae sobre el Estado, y la comunidad define quién o quiénes lo representarán¹¹⁵, el cual exige que se brinde información clara y comunicación constante entre las partes, según los usos y tradiciones de los pueblos y a través de procedimientos culturalmente adecuados, con la finalidad de llegar a un acuerdo. En realidad, debe llevarse a cabo de buena fe y desde las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. Para la Corte, el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna y para brindar una adecuada respuesta al Estado, es decir, busca cimentar como base fundamental del diálogo y la confianza. Ese deber de información clara, incluye que el respectivo pueblo conozca los posibles riesgos (ambientales y de salubridad), de tal manera que la aceptación del plan de desarrollo o de inversión sea propuesto con conocimiento y aceptado de manera voluntaria.

Un aspecto innovador en esta sentencia, es que hace alusión, por primera vez, a la necesidad de que el Estado obtenga el consentimiento libre, previo e informado, según los usos y tradiciones de los pueblos, cuando se trate de proyectos de desarrollo o de inversión a gran escala, que “puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio”. Sin embargo, no precisó las diferencias entre *consulta* y *consentimiento*.

Frente a los beneficios compartidos, dijo que son inherentes al derecho a la indemnización reconocido en la CADH, que se extiende no solo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, sino que puede comprender la privación del uso y goce regular de dicha propiedad, y que la determinación de los posibles beneficiarios deberá efectuarse en consulta con el pueblo étnico, según sus usos y costumbres.

En relación con los estudios de impacto social y ambiental (EISA), anotó que su importancia radica en que permiten evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y respectiva comunidad, lo que implica poder tener una medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas. De igual manera, destacó que deben realizarse atendiendo los estándares internacionales y buenas prácticas, y respetar igualmente, las tradiciones y cultura de los pueblos étnicos. En consecuencia, sobre el Estado recae el deber de supervisar su práctica por entidades independientes y técnicamente capacitadas, lo cual está estrechamente relacionado con la garantía de la participación efectiva. También hizo hincapié en que “uno de los factores que debiera tratar el [EISA] es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas

¹¹⁴ La Corte lo entiende como cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio ancestral, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

¹¹⁵ Sentencia de interpretación del 12 de agosto de 2008 (párr. 18).

y tribales.”¹¹⁶ Por último, sostuvo que no es posible establecer en abstracto un *nivel aceptable de impacto* que permita al Estado conceder una concesión, sino que el principal criterio o parámetro con el que deben ser analizados los EISA “es que el nivel de impacto no niegue la capacidad de los miembros del pueblo Saramaka a sobrevivir como un pueblo tribal.”¹¹⁷

El alcance de la propiedad comunitaria del territorio, fue reiterado en la sentencia del caso *Xákmok Kásek v. Paraguay*¹¹⁸, decisión en la que además la Corte IDH expresó que la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras puede expresarse de distintas maneras, teniendo en cuenta para el efecto los usos y tradiciones y las circunstancias concretas en que se encuentre el pueblo étnico (lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres y cualquier otro elementos característico de su cultura)¹¹⁹. De otra parte, consideró que la relación con sus tierras debe ser posible, lo cual se traduce en que los miembros de la comunidad no se vean impedidos por causas ajenas a su voluntad, a realizar actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales.

Otra cuestión que abordó nuevamente la Corte, fue la relativa a la tensión entre el derecho a la propiedad privada y comunitaria, en la que insistió que con independencia de que las tierras que deben ser reivindicadas estén siendo explotadas, el Estado al momento de decidir entre ambos derechos, debe tener en consideración la especial relación de la comunidad reclamante con la tierra¹²⁰. De otra manera, sostuvo, “el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales. Limitar de esta forma la realización efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no sólo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención relativas al derecho a la propiedad, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social.”

Este caso también debatió lo relativo a la expedición de un decreto por parte del gobierno Paraguay (Decreto 11804 de 2008), en el que declaró como reserva natural privada parte del territorio del pueblo indígena Xákmok Kásek¹²¹, sin su participación, esto es sin consulta previa. Sobre este particular, destacó la Corte que la garantía del derecho a la propiedad de los grupos étnicos, implica el deber positivo del Estado de asegurar la participación efectiva de los pueblos, según sus costumbres y tradiciones, “en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena.”

¹¹⁶ Sentencia de interpretación del 12 de agosto de 2008 (párr. 41).

¹¹⁷ Ídem (párr. 42)

¹¹⁸ Sentencia del 24 de agosto de 2010 (párrs. 85 a 89 y 109 a 113).

¹¹⁹ La demanda presentada por la CIDH, se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Paraguay, por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, ya que desde 1990 se estaba tramitando la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente.

¹²⁰ La Corte destaca que la protección del derecho a la propiedad comunitaria, es una muestra más de la insuficiencia de la visión meramente ‘productiva’ de las tierras, a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas (párr. 182).

¹²¹ Esta fue una modalidad adoptada por el Ministerio del Interior del Paraguay, para proteger a los propietarios privados de territorios reclamados por comunidades indígenas, a fin de evitar su reivindicación.

Otro aspecto en el que fue enfática la Corte IDH, fue el relativo a la afectación del derecho a la cultura de los pueblos étnicos por la falta de sus tierras tradicionales, para lo cual acogió lo dicho en la sentencia del caso *Yakye Axa v. Paraguay*, y agregó, que para estos sujetos colectivos la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación, forman parte de su identidad. Destacó que esa identidad, “alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida.” En definitiva, los rasgos culturales deben ser entendidos como esenciales para su cosmovisión y forma particular de existir¹²².

La última sentencia dictada por la Corte, que tiene relación con la consulta previa, libre e informada, fue la que decidió el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*¹²³, en la que ese organismo internacional fue explícito en indicar que su garantía no puede concebirse sin tener en consideración los derechos a la propiedad comunal, al territorio, a los recursos naturales y a la identidad cultural, lo cual permite garantizar su existencia¹²⁴. Al respecto, la Corte recogiendo su jurisprudencia anterior, sostuvo¹²⁵:

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

Frente al derecho a la consulta previa, la Corte sostuvo que además de garantía convencional, debe ser tenido como un principio general del derecho internacional, lo cual implica que los Estados deben realizar procesos de consulta *especiales y diferenciados*, es decir, deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, “para que pueda entenderse

¹²² Para el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, esos rasgos son sus lenguas propias, los ritos de chamanismo y los de iniciación masculina y femenina, los saberes ancestrales chamánicos, la formal de memorar a sus muertos y la relación con el territorio.

¹²³ Sentencia del 27 de junio de 2012 (párrs. 145 a 232).

¹²⁴ La demanda presentada por la CIDH, tenía por objeto la declaratoria de responsabilidad internacional del Ecuador, por el otorgamiento de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, en la década de 1990, sin que se hubiere consultado previamente con éste y sin su consentimiento. Se iniciaron fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder (pentolita), en varios puntos del territorio indígena, creando con ello una alegada situación de riesgo para la población, ya que durante un período le habría impedido buscar medios de subsistencia y le habría limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. Adicionalmente, el caso hace relación a la falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales.

¹²⁵ Párr. 146.

como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.”¹²⁶ Así mismo, destacó que la consulta previa repercute en el libre y pleno ejercicio de los derechos de los pueblos étnicos, lo cual obliga a los Estados no solo a ajustar los marcos normativos, sino a efectuar los ajustes institucionales que sean del caso, para incorporar los estándares internacionales contenidos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas, con el fin de generar canales de diálogo *sostenidos, efectivos y confiables*.

Del mismo modo, recalcó y reiteró tal como lo había sostenido en el caso *Saramaka v. Surinam*, que la consulta debe estar presente en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el que se asienta la comunidad, u otros derechos esenciales para la supervivencia como pueblo, al punto que desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la respectiva medida, “puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”. Otra cuestión en la que fue enfática la Corte, fue en el deber que recae sobre los Estados de realizar las consultas previas, libres e informadas, al punto que debe velar porque los derechos de los pueblos étnicos no se vean comprometidos con acuerdos que realicen con organizaciones privadas, escenario que se puede mitigar siempre y cuando exista una importante función de control, no solo administrativo sino también de tipo judicial.

Un aspecto que reviste especial interés en esta sentencia, tiene que ver con la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT, en relación con el derecho a la consulta previa, la cual en línea de principio, es a partir de su entrada en vigencia en cada país. Sin embargo, precisó como estándar que en lo atinente con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aunque hubieren sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor de dicho instrumento internacional, es deber de los Estados garantizar la consulta en relación con la propiedad comunitaria y la identidad cultural¹²⁷, “para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena.”¹²⁸

Aunque la Corte retoma su jurisprudencia en torno a la consulta previa¹²⁹, precisa con mayor detalle la metodología para establecer, caso por caso, el cumplimiento de los criterios mínimos de un proceso de consulta, con la precisión de que en cualquier caso, recae sobre el Estado y no sobre los pueblos étnicos¹³⁰, el deber de demostrar que todas las dimensiones de la consulta fueron efectivamente garantizadas.

¹²⁶ Párr. 165.

¹²⁷ Del mismo modo, la Corte sostuvo que la debida protección de la propiedad comunal contemplada en el artículo 21 de la CADH, exige la obligación positiva de los Estados de adoptar medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente, de tal forma que su interpretación debe efectuarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en normas internacionales relevantes (párr. 171).

¹²⁸ Párr. 176.

¹²⁹ Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam.

¹³⁰ Aunque la Corte IDH solamente se refiere a los pueblos indígenas, debe entenderse que su ámbito de aplicación es para todos los grupos étnicos.

(i) El carácter previo de la consulta

Aunque pareciera una cuestión elemental que la consulta a los grupos étnicos debe ser *previa*, en la práctica pueden encontrarse decisiones judiciales en Colombia¹³¹ y Bolivia¹³², solo por mencionar algunos países, en los que las Cortes Constitucionales han avalado medidas de tipo legislativo que han pretermitido el deber de consulta. Por ello, la Corte IDH reiteró que el deber de consultar a los grupos étnicos, debe ser observado por los Estados desde las primeras etapas del plan de desarrollo o de inversión, de acuerdo a sus usos, valores y tradiciones, y no únicamente cuando surge la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. Ese estándar debe igualmente aplicarse previamente en todas las fases del proceso de producción normativa (medidas legislativas).

(ii) La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo

La consulta no es un trámite meramente formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación que debe tener como principal objetivo, el establecimiento de un diálogo entre el Estado y los pueblos étnicos, basado en la confianza y el respeto mutuo, con el fin de alcanzar un consenso sobre un tema específico. En concreto, se trata de un escenario en el que debe existir un clima de confianza mutua. De allí, que la buena fe conlleve la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros que actúan con su autorización o aquiescencia, o la permisión de intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades, ya sea a través de la corrupción de líderes comunales o de establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de los pueblos. Sobre este último particular, la Corte IDH enfatizó “que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.” En suma, debe tratarse de un diálogo genuino como parte de un proceso de participación, con miras a alcanzar un acuerdo.

(iii) La consulta adecuada y accesible

Para la Corte que la consulta sea adecuada y accesible, implica que debe realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados¹³³, es decir, de conformidad con las propias costumbres y tradiciones de la respectiva comunidad étnica. Así mismo, siguiendo los estándares del Convenio 169 de la OIT, los Estados deben garantizar que los miembros de los pueblos étnicos comprendan de que se trata la medida objeto de consulta, para lo cual deberá valerse de intérpretes, atendiendo la diversidad lingüística, en caso de ser necesario. Esto permite concluir, siguiendo los lineamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, que atendiendo la finalidad de la consulta y la comunidad en la que tenga lugar, no es posible

¹³¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-461 de 2008.

¹³² Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia 0300 de 2012 (TIPNIS).

¹³³ Según la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la expresión “procedimientos apropiados”, debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay

establecer un único modelo de procedimiento apropiado, debido a las diferentes formas de organización indígena y a que los procesos internos son disímiles. Así las cosas, no es posible establecer un límite temporal único para que se lleve a cabo un proceso de consulta previa, en tanto “depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión.”¹³⁴

(iv) El estudio de impacto social y ambiental

Además de reiterar lo dicho en el caso *Saramaka v. Surinam*, la Corte señaló que “[l]a realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo.”¹³⁵

(v) La consulta informada

Para la Corte IDH, Esta condición exige que el Estado garantice que las comunidades étnicas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, y aunque no lo diga, también las medidas de tipo legislativo, lo que implica una comunicación constante entre las partes.

Como último aspecto relevante de la sentencia, dicho organismo jurisdiccional a fin de darle mayor contenido al derecho a la consulta previa, consideró que el derecho a la identidad cultural, al que había aludido en decisiones anteriores, debe ser entendido como un derecho fundamental del que son titulares los grupos étnicos como sujetos colectivos, interpretación que conlleva “la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos [étnicos] que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización”¹³⁶, concretamente su patrimonio cultural¹³⁷.

III. EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO. ¿DERECHO FUNDAMENTAL Y PODER DE VETO?

Puede afirmarse que la garantía más importante de la que están dotados los pueblos étnicos es el derecho a la libre determinación, pues de él depende su existencia. Aunque el Convenio 169

¹³⁴ Párr. 202.

¹³⁵ Párr. 205.

¹³⁶ Párr. 217.

¹³⁷ Para la Corte IDH, “no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.”

de la OIT no lo mencione expresamente, es poco probable desconocer que ese es su fundamento teleológico el cual claramente se deduce desde el preámbulo de ese instrumento internacional al reconocer que las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales son asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones. Sin embargo, tanto en el PIDCP como en el PIDESC¹³⁸ es explícita la mención del derecho a la libre determinación y más recientemente en la Declaración de Naciones Unidas¹³⁹. Para Naciones Unidas es un derecho inherente fundamental que tiene como expresión más concreta y plena su relación con las tierras, los territorios y los recursos¹⁴⁰.

Los desarrollos jurisprudenciales recientes no solo a nivel nacional, sino también en el concierto internacional, han ido incorporando paulatinamente la idea de que además del derecho a la consulta previa de los grupos étnicos, en algunos casos, esta garantía se refuerza con el consentimiento previo, libre e informado. No obstante, fue desafortunada la precisión efectuada por el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas¹⁴¹, en el último informe presentado ante la Asamblea General al considerar en el contexto de las operaciones extractivas dentro del territorio de las minorías culturales “que al centrar la atención fundamentalmente en la consulta y el consentimiento se está desdibujando la comprensión sobre el marco de derechos humanos pertinente que permite discernir las condiciones en que las industrias extractivas pueden operar legítimamente en los territorios indígenas o en sus inmediaciones. Es sencillamente erróneo tender a reducir el examen de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los proyectos de explotación de recursos al examen de las características del derecho a ser consultado o del derecho al consentimiento libre, previo e informado. No cabe duda de que comprender las características de los principios de consulta y consentimiento es de vital importancia. Sin embargo, no es posible lograr adecuadamente esa comprensión circunscribiendo la discusión únicamente a estos principios.”¹⁴² Agregó enseguida que “la norma sobre consulta y consentimiento que se aplica específicamente a los pueblos indígenas es un medio para hacer efectivos estos derechos y se justifica además por el carácter generalmente marginado de los pueblos indígenas en la esfera política, pero es una norma que, sin lugar a dudas, no representa el pleno alcance de estos derechos.”¹⁴³ En definitiva, precisó que la consulta y el consentimiento son mecanismos de salvaguardia, como las evaluaciones del impacto, las medidas de mitigación y el pago de indemnizaciones o la distribución de beneficios, “que protege el ejercicio de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y funciona como un medio para garantizar su observancia. Se trata de una norma que complementa y contribuye a dar efectividad a derechos sustantivos”¹⁴⁴. Esta mirada supondría entonces una instrumentalización de la consulta y el consentimiento, en tanto

¹³⁸ En ambos instrumentos internacionales está previsto en el artículo 1º, en los siguientes términos: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. (...) Los Estados Partes del presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”

¹³⁹ Está reconocido desde el preámbulo de la Declaración y en el artículo 3º que dispone: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” Así mismo, los artículos 23 y 32 se refieren al derecho a determinar.

¹⁴⁰ Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas. A/HRC/21/55 del 16 de agosto de 2012.

¹⁴¹ A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012.

¹⁴² Párr. 46.

¹⁴³ Párr. 51.

¹⁴⁴ Párr. 49.

solamente deben ser entendidos como un mecanismo o procedimiento a través del cual se puede alcanzar el goce de los derechos de las minorías culturales, quedando vaciada cualquier consideración relativa a su carácter de derecho fundamental.

Ahora bien, las preguntas que pueden surgir alrededor del consentimiento son: ¿Se trata del mismo consenso que exige la consulta? ¿Es un poder de veto del que son titulares las comunidades vernáculas? ¿Es un derecho fundamental autónomo cuya titularidad recae en los pueblos étnicos como sujetos colectivos? ¿Es sencillamente una posibilidad propicia para que los Estados multiculturales, a partir de un diálogo sensato y genuino, se construyan adecuadamente?

Para intentar hallar algunas respuestas, el punto de partida que debe tenerse en el contexto de las minorías culturales, es cuál es el marco normativo que alude al consentimiento, y si desde allí se pueden dar algunas pistas acerca del entendimiento que debe tener esta figura, que día por día, adquiere mayor importancia, en la medida en que se trata de una pieza fundamental en la tensión entre diversidad étnica y cultural y desarrollo.

Además de lo que se indicó respecto del caso *Saramaka v. Surinam*, en el ámbito internacional el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas en el *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*¹⁴⁵, señaló que (i) si los efectos potenciales o reales son pequeños, puede no ser necesario exigir la obtención de ese consentimiento; (ii) además de los supuestos que establece la Declaración de Naciones Unidas, no es improbable que se requiera el consentimiento para la aprobación de proyectos, que aún sin estar ubicados dentro del territorio, afecten sus tierras, territorios y otros recursos de los pueblos indígenas, lo cual dependerá del *contexto*; y (iii) en cuestiones que revistan una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar se requiere el consentimiento previo, libre e informado.

Del mismo modo, concluyó que los factores que deben tenerse en cuenta al evaluar si existe la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en el contexto de actividades extractivas propuestas y en curso son los siguientes¹⁴⁶:

- a) Cuestiones que revistan una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar, evaluadas desde la perspectiva y las prioridades de los pueblos indígenas afectados, tomando en consideración, entre otras cosas, los efectos acumulativos de las injerencias o actividades anteriores y las desigualdades históricas sufridas por los pueblos en cuestión;

¹⁴⁵ A/HRC/21/55 del 16 de agosto de 2012.

¹⁴⁶ Igualmente, indicó que el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, ha puesto de presente que “un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas” De igual forma, destacó que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha precisado “la obligación de los Estados de velar porque se consulte debidamente a los pueblos indígenas y se obtenga su consentimiento libre, previo e informado en relación con actividades de desarrollo y, especialmente, la extracción de recursos naturales”. Párrs. 23 y 25.

- b) El impacto en la vida o territorios de los pueblos indígenas. Si es probable que el impacto sea grande, significativo o directo, el consentimiento de los pueblos indígenas es necesario;
- c) La naturaleza de la medida.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT se constituye para los pueblos indígenas y tribales, en un instrumento que ha permitido superar gradualmente la asimilación forzosa que planteaba el Convenio 107, de tal manera que la pervivencia cultural, económica, espiritual, religiosa, política, social, jurídica y lingüística de esos pueblos, no deje de ser una aspiración sin mención de contenido. Así mismo, tiene como ejes transversales el principio de no discriminación, que para la Corte IDH constituye una norma de derecho imperativo, y la garantía de la participación, manifestada en el derecho a que sean consultados antes de que sea dispuesta cualquier medida administrativa y/o legislativa, que tenga la potencialidad de afectarlos directamente. Del mismo modo, efectúa algunas referencias al consentimiento previo, libre e informado, que es el tema sobre el que se hace necesario efectuar algunas precisiones.

La disposición medular de dicho instrumento internacional, en relación con el consentimiento previo, libre e informado, es el artículo 6º, numeral 2º, que precisa que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Claramente, acudiendo al método de interpretación gramatical, la citada disposición es clara en diferenciar la consulta del consentimiento, pero sin que existan bases teóricas para establecer con precisión el por qué de la distinción. En todo caso, lo que sí puede advertirse de ese instrumento internacional es que la consulta es diferente del consentimiento, al incorporar la conjunción “o”, que semánticamente “denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más (...) cosas o ideas.”¹⁴⁷

Empero, una primera pauta para fijar el alcance del consentimiento es la que hace relación con la prohibición de traslado de los pueblos étnicos de sus tierras ancestrales, como regla general. A ese respecto, el artículo 16º, numeral 2, del citado instrumento internacional, indica:

Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, **sólo deberán efectuarse con su consentimiento**, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimiento adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados (las subrayas y negrillas son agregadas).

Ahora bien, recapitulando lo dicho en el capítulo anterior, la Declaración de Naciones Unidas debe trascender del plano moral y político para considerarla un documento que debe gozar de fuerza normativa por parte de los Estados que la aprobaron afirmativamente, pues ciertamente hace parte del dominio *ius cogens* y por esa vía debe entenderse incorporada al ordenamiento jurídico colombiano. Dicho de otra manera, su aplicabilidad debe ser directa y prevalente.

¹⁴⁷ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición.

Recientemente, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-376 de 2012, acercándose a la postura de darle mayor preponderancia a la Declaración, efectuó las siguientes precisiones. En primer lugar, destacó que se trata de un documento que precisa de mejor manera los contenidos del Convenio 169 de la OIT, otras normas del derecho internacional, como son, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Convención sobre todas las Formas de Discriminación Racial (CFDR), el orden constitucional, y perfecciona y fortalece los estándares de protección de sus derechos. De otra parte, hizo hincapié en que la Declaración contiene la opinión autorizada de la comunidad internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y es el resultado de un proceso de diálogo. En tal virtud, al ser Colombia destinataria del cumplimiento de varias obligaciones internacionales consagradas en tratados, y con el fin de garantizar la eficacia de las normas constitucionales, requiere acoger las disposiciones de la Declaración. En tercer término, indicó que los principios de no discriminación y autodeterminación de los pueblos, son considerados normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que “su eficacia plena requiere la aplicación de las normas internas en forma concordante con la Declaración.” Finalmente, consideró que se trata de un documento que posee un alto grado de legitimidad ética y política, por haber sido aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por tanto, distinguió entre las *razones para la acción dotadas de autoridad*, dentro de las cuales incluyó el principio de no discriminación y las que precisan el alcance de derechos ya reconocidos en el orden interno, supuestos en los que la Declaración debe ser tomada en cuenta por los jueces, y aquellas *razones que deberían ser consideradas en sus decisiones*, que son aquellas que amplían los estándares de protección alcanzados en el orden interno.

Es por ello, que la remisión a este documento es fundamental para establecer qué es el consentimiento previo, libre e informado, más aún, porque es más enfático en determinar los supuestos en los que procede, aunque tampoco precisa sus fundamentos. En materia de traslado de los indígenas de sus tierras por la fuerza, el artículo 10¹⁴⁸, dispone:

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción de regreso.

Similar consecuencia discurre, cuando se trata de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Al respecto, el artículo 11, indica:

Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

¹⁴⁸ Una hipótesis adicional, es la consagrada en el artículo 28, numeral 1º, que establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

A lo anterior, debe agregarse el artículo 17 de la Declaración que pareciera plantear una confusión entre la consulta y el consentimiento, en la medida en que el segundo puede ser entendido como una consecuencia de la primera. Así lo establece la citada disposición:

Los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

No obstante, el artículo 29, numeral 2°, establece de manera precisa un supuesto en el que el consentimiento previo, libre e informado es una condición *sine qua non*, cuando se trata de vertimiento de sustancias peligrosas en el territorio ancestral. Sobre ese particular, sostiene:

Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

Por último, el artículo 32, numeral 2° de la Declaración hace mención al consentimiento, concretamente cuando se trata de políticas extractivas que están ligadas al derecho al desarrollo, así:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Hasta acá lo que puede afirmarse con contundencia, es que existen algunos supuestos específicos en los que debe garantizarse el consentimiento previo, libre e informado: (i) cuando se trata de traslados o reubicación de los pueblos étnicos de sus territorios; (ii) en caso de que se prive a los pueblos de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, desconociendo sus leyes, tradiciones y costumbres; (iii) a fin de que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios ancestrales; y (iv) cuando se trata de proyectos de desarrollo que afecten sus tierras, concretamente que aludan a la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

De esta manera, el consentimiento previo, libre e informado, no se puede ser entendido solamente como algo que refuerza el derecho a la consulta, en la medida en que se trata de una garantía que ontológicamente busca preservar la existencia o autodeterminación de los grupos étnicos, lo cual se encuentra en estrecha armonía con la finalidad del Estado social y democrático de derecho. En consecuencia, en los supuestos arriba mencionados, el consentimiento previo, libre e informado, adquiere el estatus de derecho fundamental y su exigibilidad puede alcanzarse por vía judicial, específicamente mediante el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo autónomo de protección de los derechos fundamentales. A esta conclusión se arriba, a partir de una interpretación sistemática del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas y la Constitución de 1991, que como proyecto democrático en el contexto de nuestro Estado

multicultural, lo que busca es preservar la pervivencia de esas comunidades que son la base de nuestra identidad nacional.

No obstante, la idea de que se proteja el derecho al consentimiento, no implica *per se* la existencia de un poder de veto a su favor, sino que se constituye en el escenario adecuado para fortalecer la construcción de un Estado multicultural, sobre la base de un diálogo genuino que igualmente debe caracterizarse por ser libre, previo e informado. Es realmente una oportunidad histórica para que los Estados valoren con los pueblos étnicos, entre iguales, las distintas alternativas que pueden existir para adelantar las políticas de desarrollo que claramente incumben a todos los habitantes del país, para que sea acogida la propuesta que mejor se avenga con el principio de interpretación *pro homine*.

De esta manera, lo que debe quedar claro es que en el contexto de los pueblos indígenas existe la garantía de la participación (del mismo modo que la población mayoritaria); la consulta previa, libre e informada, en tratándose de medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarles directamente; y el consentimiento previo, libre e informado como derecho fundamental, que busca preservar de manera reforzada, la existencia étnica en determinados supuestos que han sido precisados por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas.

Conclusiones

Uno de los rasgos que caracteriza a la sociedad colombiana e incluso de la Latinoamérica, es la falta de identidad. Pero claro, circunscribir el concepto de identidad no es fácil porque se trata de una categoría con una gran indeterminación. Puede hablarse por ejemplo de identidad política, social y cultural, etc. Lo único cierto es que en cualquiera de las anteriores el panorama en nuestro país es desolador. No es posible concluir que exista identidad política por la sencilla razón de que los partidos políticos en Colombia no han pasado de ser imaginarios carentes de cualquier ideología y porque el fuerte regionalismo ha conducido a que el caudillismo y los gamonales sean los detentadores del poder. La ausencia de identidad social tiene como aditamento principal la ausencia de una política pública consistente en educación. Garantizar el acceso igualitario a la educación permitirá reducir las brechas sociales manifestadas en la existencia de ciudadanos de primera y segunda clase. Pero sin duda la carencia de identidad cultural atraviesa las diferentes esferas de una sociedad y es la principal causa de la fragmentación. Esa erosión social solamente puede empezar a superarse entendiendo que parte de nuestra identidad se encuentra cimentada en la garantía de pervivencia de las minorías culturales. En otras palabras, la verdadera identidad de un país se logra siempre y cuando sean garantizados en términos de efectividad los derechos humanos de los grupos étnicos.

Así las cosas, los desafíos inmediatos del Estado colombiano de cara a la protección de las minorías culturales, son inmensos. Es cierto que nuestra Constitución puede ser entendida como un documento multicultural, pero se hace necesario todavía recorrer un gran trecho, pasar de la retórica de los derechos a la efectividad de los mismos. Y es allí donde el modelo de democracia intercultural que surge con la Constitución de 1991, se constituye en una respuesta adecuada a la que pueden acudir las comunidades étnicas. Su manifestación concreta está en el derecho a la consulta previa, libre e informada, a través de la cual se puede lograr que los derechos de esos pueblos dejen de ser una entelequia. Es decir, se trata de una verdadera garantía. Pero no puede perderse tampoco de vista que uno de los elementos que más tensión ha generado entre el Estado y las minorías étnicas, tiene que ver con el uso del territorio. Las políticas de extracción que casi siempre coinciden con los territorios que ocupan o les pertenece a las minorías culturales, la definición del mejor modelo de entidad territorial indígena y una adecuada ley de coordinación entre la justicia especial indígena y el sistema jurídico nacional, serán asuntos que requieren voluntad política, pero no menos importante es que la premisa sea la garantía del derecho al autogobierno. Seguramente en el primero la intervención del juez constitucional continuará siendo determinante, como ha ocurrido hasta el momento, pero el segundo y tercero, claramente muestra limitaciones funcionales por tratarse de un tema en el que es el Estado quien debe propender por garantizar el disfrute del más alto nivel posible de autonomía o autogobierno. Claramente, conciliar estas posturas no será tarea fácil.

En todo ese proceso de reconstrucción cultural que ha vivido Colombia desde 1991, ha sido definitivo el derecho internacional de los derechos humanos. Instrumentos como el Convenio 169 de la OIT, el PIDCP, el PIDESC y la Declaración de Naciones Unidas, así como pronunciamientos del SIDH, no le hubieran permitido a la Corte Constitucional en su construcción jurisprudencial, tener una comprensión tan extensiva o amplia del derecho a la consulta de los grupos étnicos. De todos los contenidos que la Corte ha precisado acerca del deber de consultarlos, cada vez que se disponga una medida administrativa o legislativa que los afecte de manera directa, uno que cada vez debe adquirir mayor importancia, desde el primer momento, es el relativo a los estudios de impacto social, espiritual, cultural, económico, político e inclusive legislativo. En la misma línea de relevancia, llegará el momento en el que la jurisprudencia constitucional entienda el consentimiento previo, libre e informado, como un derecho fundamental autónomo en los supuestos que han quedado acá precisados.

Finalmente la mirada sigue puesta en los avances que la Corte IDH efectúe sobre los diferentes temas atinentes a las comunidades étnicas, organismo que en el reciente caso *Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, dejó pasar la oportunidad para precisar el alcance del consentimiento previo, libre e informado cuando se trata de proyectos a gran escala dentro de los territorios nativos que comprometan el derecho a la pervivencia de las minorías culturales. Sin embargo, puede indicarse que otros aspectos que también son de mucha monta fueron delineados de mejor manera.

Bibliografía

ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Legis, Bogotá, 2005.

BONILLA MALDONADO, D., *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes (Facultad de Derecho) y Pontificia Universidad Javeriana (Instituto Pensar), Bogotá, 2006.

BONILLA MALDONADO, D., *Self-government and Cultural Identity: The Colombian Constitutional Court and the Right of Cultural Minorities to Prior Consultation*. In: *Constitutionalism of the Global South. The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013 (ed. Daniel Bonilla).

CARBONELL, M., CRUZ PARCERO, J.A. y VÁSQUEZ, R., (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa, UNAM, México, 2004.

HABERLE P., *El Estado constitucional*, Universidad Autónoma de México y Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2003.

KIMLYCKA, W., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003. Traducción de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar.

LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

MOSQUERA MOSQUERA, J. de D., *La población colombiana afrodescendiente dentro del modelo de Estado de derecho establecido por la Constitución de 1991*. En: *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*, (eds. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, José Antonio Cepeda Amarís y Liliana Estupiñán Achury), Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.

MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C., MORRIS, M., ORDUZ SALINAS, N. y BURITICÁ, P., *La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

RODRÍGUEZ, G. A., *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

SAGÜES, N. P., *Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales*, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 2011.

STAVENHAGEN, R., *Los pueblos originarios: el debate necesario* (compilado por Norma Fernández), CTA ediciones: CLASCSO: Instituto de Estudios y Formación del CTA, Buenos Aires, 2010.

TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO, S., *La situación jurídica internacional de los pueblos indígenas*. En: *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián* (ed. J. SOROETA), vol. V, Itxaropena, Bilbao, 1999-2005.

UPRIMNY YEPES, R., *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. En: *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2004.

REY CRUZ, F. A., *El derecho a la consulta previa en perspectiva neoconstitucional. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Trabajo de grado para optar por el título de magíster en derechos humanos de la Universidad de Alcalá (Madrid, España).

Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición.

A. FUENTES NORMATIVAS

1. Legislación de Colombia

Constitución Política de 1991.

Ley 70 de 1993 “Por la cual se reconoce a las comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva”.

Ley 99 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” (art. 76).

Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”.

Decreto 3770 de 2008 “Por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afro-colombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones”.

Decreto 2957 de 2010 “Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico ROM o Gitano”.

Decreto 1397 de 1996 “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones”.

Decreto 1320 de 1998 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”.

Decreto 1220 de 2005 “Por el cual se dictan normas sobre licencias ambientales”.

Directiva Presidencial 01 de 2010 “Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales”.

Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” (art. 70).

Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (art. 46).

2. Instrumentos internacionales

Convenio 50 de la OIT, relativo a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores.

Convenio 64 de la OIT, relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas.

Convenio 65 de la OIT, relativo a las sanciones penales contra los trabajadores indígenas por incumplimiento del contrato de trabajo.

Convenio 86 de la OIT, sobre la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas.

Convenio 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.

Convenio 105 de la OIT, relativo a la abolición del trabajo forzado.

Convenio 107 de la OIT, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes.

Convenio 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principio del derechos de sindicalización colectiva.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

B. FUENTES JURISPRUDENCIALES

1. Corte Constitucional de Colombia

T-428 de 1992	T-704 de 2006	C-490 de 2011
T-188 de 1993	T-742 de 2006	T-907 de 2011
T-405 de 1993	C-208 de 2007	T-129 de 2011
T-349 de 1996	T-945 de 2007	C-187 de 2011
SU-039 de 1997	A-004 de 2009	C-366 de 2011
SU-510 de 1998	A-005 de 2009	T-601 de 2011
T-652 de 1998	T-514 de 2009	T-693 de 2011
T-634 de 1999	T-769 de 2009	C-882 de 2011
T-030 de 2000	T-547 de 2010	T-513 de 2012
C-169 de 2001	C-608 de 2010	T-601 de 2011
T-048 de 2002	T-617 de 2010	T-693 de 2011
C-418 de 2002	C-702 de 2010	C-882 de 2011
C-891 de 2002	T-745 de 2010	C-196 de 2012
SU-383 de 2003	C-915 de 2010	C-293 de 2012
T-552 de 2003	C-941 de 2010	C-317 de 2012
C-620 de 2003	C-027 de 2011	C-331 de 2012
T-737 de 2005	T-116 de 2011	
T-955 de 2003	T-379 de 2011	

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* del 31 de agosto de 2001.

- Caso de la *Comunidad Moiwana v. Suriname* del 15 de junio de 2005.

- Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* del 17 de junio de 2005.
- Sentencia de interpretación del caso *Yakye Axa v. Paraguay* del 6 de febrero de 2006.
- Sentencia de interpretación del caso de la *Comunidad Moiwana v. Suriname* del 8 de febrero de 2006.
- Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* del 29 de marzo de 2006.
- Caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam* del 28 de noviembre de 2007.
- Sentencia de interpretación del caso *Saramaka v. Surinam* del 12 de agosto de 2008.
- Caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay* del 24 de agosto de 2010.
- Caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador* del 27 de junio de 2012.

3. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

- Sentencia 0300 de 2012 (TIPNIS).

4. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia

- Sentencia de tutela del 11 de diciembre de 2012 (rad. 110010102000 201201632 01 (4844-14)).

C. FUENTES DOCUMENTALES

1. Naciones Unidas. Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas

- Informe A/HRC/21/55 del 16 de agosto de 2012.

- Informe A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012.
- Informe A/66/288 del 10 de agosto de 2011.
- Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe presentado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, del 24 de abril de 2009.

. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinión Consultiva OC-18/89

D. OTROS MATERIALES

Texto de internet

La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos. En:
http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf